

LU_GERICHTE 1B 14 13 vom 30. April 2014

LU Gerichte, 2014-04-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu_gerichte_1B_14_13

FR: LU_GERICHTE 1B 14 13 du 30 avril 2014

IT: LU_GERICHTE 1B 14 13 del 30 aprile 2014

Regeste

Voraussetzungen für Zulässigkeit von Abgeltung des Ferienlohns durch Lohnzuschläge. | Art. 329d Abs. 2 OR, Art. 362 OR. | Zivilrecht

Erwägungen

E. 1

Die regelmässige Arbeitszeit beträgt bei 100% 8.5 Stunden/pro Arbeitstag. Dies entspricht einer wöchentlichen Arbeitszeit von 42.5 Stunden/Woche. In Teilzeit wird die Arbeitszeit pro Rata auf die 100% ausgerechnet.

E. 2

Die Arbeitszeiten richten sich nach dem Schichtplan auf Seite 3 dieses Vertrages. Der Arbeitgeber behält sich vor, andere Einsatzzeiten anzuordnen. § 8 Ferien 1. Der Ferienanspruch von 4 Wochen/Kalenderjahr wird mit dem Lohn ausbezahlt (8.33%) und ist inklusive. Unter "§ 7 Vergütung" wurde ein Stundenlohn vereinbart. Er betrug zunächst Fr. 20.--, dann Fr. 25.-- und schliesslich Fr. 30.-- pro Stunde (bzw. ab Vertrag Nr. 4 pro "Telefongesprächsstunde"; vgl. dazu Urteil Arbeitsgericht Basel-Stadt vom 25.1.2012, in: JAR 2013 S. 432 f.). Zuzüglich zum Bruttolohn erhielt die Klägerin zunächst 5 %, dann 6 %, später wieder 5 % und schliesslich wieder 6 % Nettoumsatzbeteiligung auf den Eigenverkauf. Im Vertrag Nr. 5 wurde zusätzlich auch unter "§ 7 Vergütung" festgehalten, dass sich der Bruttostundenlohn und die Nettoumsatzbeteiligung "inkl. 8.33% Ferien und Feiertagsentschädigung" verstehen. In den monatlichen Lohnabrechnungen sind die auf die Ferien entfallenden Lohnanteile jeweils separat ausgewiesen.

E. 2.2

Für die Ferien hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den gesamten darauf fallenden Lohn zu entrichten (Art. 329d Abs. 1 des Obligationenrechts [OR; SR 220]). Diese Bestimmung ist relativ zwingend (Art. 362 Abs. 1 OR), d.h. Vereinbarungen, die den Arbeitnehmer schlechter stellen, sind nichtig (Art. 362 Abs. 2 OR). Allgemein ist der Ferienlohn so zu bestimmen, dass der Arbeitnehmer gleich viel erhält, wie wenn er während der Ferienzeit gearbeitet hätte. Der Ferienlohn ist wie der sonstige Lohn zum Zeitpunkt der normalen Fälligkeit zu entrichten (Art. 323 OR). Ferien dürfen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses zudem gemäss absolut zwingender Norm nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden (Art. 329d Abs. 2 OR). Die Abgeltung des Ferienlohns durch Lohnpauschalen oder Lohnzuschläge (sog. Ferienprozente, bei vier Wochen Ferien mindestens 8,33 % des Bruttolohns) ist daher gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich unzulässig (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskomm. zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 329d OR N 9 S. 689, mit Hinweisen). Dies anerkennt auch die Beklagte. Sie beruft sich auf die Rechtsprechung des

Bundesgerichts und der kantonalen Gerichte, wonach derartige Lohnprozente bei unregelmässigen Beschäftigungen ausnahmsweise zugelassen würden, wenn sich deswegen diese Art der Ferienlohnabgeltung als notwendig erweise und sowohl aus dem Arbeitsvertrag als auch aus den periodischen Lohnabrechnungen klar ersichtlich sei, welcher Teil des Arbeitslohns den Ferienanspruch abgelden solle. Die Beklagte weist vorab zutreffend darauf hin, dass sowohl die Klägerin als auch die Vorinstanz zu Recht nicht in Abrede stellten, dass die formellen Voraussetzungen, unter denen das Bundesgericht eine Abgeltung des Ferienlohns zulässt, vorliegend erfüllt sind: Sowohl in den Arbeitsverträgen wie auch in den einzelnen Lohnabrechnungen sind die auf die Ferien entfallenden Lohnanteile separat ausgewiesen (oben E. 2.1; ausführlich Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 329d OR N 9 S. 689 f., mit zahlreichen Verweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Weiter war vor der Vorinstanz und blieb im Berufungsverfahren unbestritten, dass der Klägerin der ausgewiesene Ferienlohn ausbezahlt wurde und sie die Ferien auch bezogen hatte.

E. 2.3

Ausschlaggebend war für die Vorinstanz vor diesem Hintergrund – sowie entsprechend den Vorbringen der Parteien – die Frage nach der Regelmässigkeit der Beschäftigung der Klägerin. Die Vorinstanz hat – gestützt auf die von der Klägerin aufgelegten Arbeitsverträge, Lohnabrechnungen und Stundenübersichten – die nach Massgabe der jeweiligen Arbeitsverträge bzw. der dort angekreuzten Schichten in den einzelnen Monaten geleisteten Arbeitsstunden sowie die bezogenen Ferientage aufgelistet. Sie kam zum Schluss, dass die Klägerin unter Berücksichtigung der bezogenen Ferien sehr regelmässig gearbeitet habe. Sie habe täglich und gemäss dem jeweiligen Schichtplan gearbeitet. Die abweichenden Stundenzahlen seien damit erklärbar, dass einerseits die Monate nicht gleich viele Arbeitstage hätten und andererseits die Beklagte ab Ende 2010 nur noch die tatsächliche Gesprächszeit am Telefon als Arbeitszeit berechnet habe. Unter Berücksichtigung aller Umstände habe die Klägerin über die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses innerhalb der fünf verschiedenen Arbeitsverträge jeweils regelmässig gearbeitet. Den Akten lasse sich nichts entnehmen, was die Darstellung der Beklagten, die Klägerin sei in der Wahl und Gestaltung ihrer Arbeitszeit frei gewesen, stütze. Eine solche Abmachung wäre vorliegend auch irrelevant, da die Klägerin sehr regelmässig gearbeitet habe.

E. 2.4

Die Beklagte macht in ihrer Berufung geltend, die Vorinstanz habe ausser Acht gelassen, dass ihr Lohnsystem im vorliegenden Fall wesentlich sei für die Beurteilung der Regelmässigkeit der Arbeitstätigkeit. Um den Bedürfnissen der Mitarbeitenden Rechnung zu tragen, stelle sie grundsätzlich zwei Lohnsysteme zur Verfügung: Tätigkeit im Monatslohn oder Tätigkeit im Stundenlohn. Die Klägerin habe beide Systeme in Anspruch genommen, indem sie zwischenzeitlich (Februar bis April 2011) im Monatslohn gearbeitet habe. Wie schon an der Hauptverhandlung vor der Vorinstanz vorgetragen, seien die Mitarbeitenden frei, an welchen Schichten sie arbeiten wollten; eine bestimmte Anzahl Schichten sei nicht vorgeschrieben. Wenn sich ein Mitarbeiter allerdings für eine Schicht entscheide, d.h. zu einer Schicht erscheine, so habe er die volle Schichtzeit von drei bzw. dreieinhalb Stunden einzuhalten. Diese Regelung habe die Vorinstanz völlig verkannt und übersehen, dass die Mitarbeitenden gerade keine zum Voraus bestimmten Arbeitszeiten einzuhalten hätten. Eine Tabelle, bei der nur die einzelnen Arbeitszeitperioden (pro Arbeitsvertrag) miteinander verglichen würden, zeige mit aller Deutlichkeit, dass die

Klägerin tatsächlich unregelmässig gearbeitet habe. So habe sie etwa im Januar 2009 101 Stunden und im Februar 2009 194 Stunden gearbeitet, obwohl beide Monate 24 Arbeitstage aufgewiesen hätten; im September 2009 habe sie bei 26 Arbeitstagen 162 Stunden gearbeitet und im Oktober 2009 bei 27 Arbeitstagen 211 Stunden. Die Liste lasse sich beliebig fortführen. Es habe erhebliche Abweichungen in den monatlichen Stundenzahlen gegeben. Der Grund liege darin, dass die Klägerin ihr Pensum frei habe gestalten können. Die Annahme der Vorinstanz, die Klägerin habe "sehr regelmässig" gearbeitet, sei bei dieser Sachlage nicht haltbar. Insgesamt sei somit festzustellen, dass das Lohnsystem auf eine unregelmässige Tätigkeit ausgerichtet sei und dass die Klägerin auch entsprechend unregelmässig gearbeitet habe. Damit sei die materielle Voraussetzung des Bundesgerichts der Unregelmässigkeit erfüllt und die Ferienlohnabgeltung mit einem monatlichen Lohnzuschlag zulässig. Falls man wider Erwarten in der Tätigkeit der Klägerin eine gewisse Regelmässigkeit erkennen würde, so würde man dem Lohnsystem der Beklagten nicht gerecht. Wenn die Vorinstanz eine solche Abmachung oder auch betriebliche Usanz als irrelevant bezeichne, so verkenne sie, dass es bei der Beurteilung der Regelmässigkeit der Erwerbstätigkeit nicht nur darum gehe, ob eine Mitarbeiterin in tatsächlicher Hinsicht regelmässig gearbeitet habe, sondern auch darum, ob das Lohnsystem eine unregelmässige Arbeitszeit zur Verfügung stelle bzw. vorsehe. Darauf komme es primär an, denn vielfach lasse sich erst im Nachhinein feststellen, ob ein Mitarbeiter vorwiegend regelmässig oder unregelmässig gearbeitet habe.

E. 2.5

Ausnahmen vom Abgeltungsverbot durch laufende Ferienlohnauszahlung sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässig, wo die Durchsetzung des Verbots mit Schwierigkeiten verbunden wäre, etwa bei unregelmässigem oder sehr kurzem Arbeitseinsatz oder bei gleichzeitiger Tätigkeit für mehrere Arbeitgeber (vgl. BGE 129 III 493 E. 3.2). Das Bestehen solcher Schwierigkeiten bzw. die objektive Notwendigkeit einer laufenden Ferienlohnzahlung ist vorliegend von der Beklagten weder behauptet noch dargetan, auch nicht hinsichtlich der geltend gemachten Unregelmässigkeit der Beschäftigung bzw. der geltend gemachten Möglichkeiten, die ihr Lohnsystem gemäss ihrer Darstellung grundsätzlich bietet. Die Gruppe, der die Beklagte angehört, verfügt denn auch offensichtlich über ein zentrales, effizientes EDV-Lohnabrechnungsprogramm.

E. 2.6

Das Bundesgericht bejahte in neueren Entscheiden die Möglichkeit der laufenden Ferienlohn-bezahlung bei "sehr unregelmässiger Beschäftigung". Es hat dabei klargestellt, dass der Umstand, dass der Lohn variabel ist, bei Stunden- und Akkordlohnarbeit oft vorkomme und für sich allein noch nicht genüge (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 329d OR N 9 S. 693, mit Verweis u.a. auf BGer-Urteile 4A_478/2009 vom 16.12.2009 E. 4, 4C.219/2006 vom 24.1.2007 E. 2.1 und 4C.64/2006 vom 28.6.2006 E. 4.1). Die Klägerin arbeitete – mit Ausnahme von drei Monaten im Monatslohn (vgl. oben E. 2.4) – im Stundenlohn (oben E. 2.1). Aus den von ihr aufgelegten Stundenübersichten sowie den auf ihnen basierenden Zusammenstellungen der Vorinstanz und der Tabelle der Beklagten ist ersichtlich, dass die Klägerin während der gesamten Dauer ihrer Anstellung mit Ausnahme von Ferien und Feiertagen sowie von krankheitsbedingten Abwesenheiten täglich gearbeitet hat. Es mag zutreffen, dass – entsprechend der Darstellung der Beklagten – das Lohnsystem grundsätzlich unregelmässige Arbeitszeiten zulässt bzw. ermöglicht und dass die Mitarbeitenden selber entscheiden können, welche und wie viele der im Arbeitsvertrag

definierten möglichen Schichten sie absolvieren wollen. Dies ändert aber nichts daran, dass die Klägerin nicht etwa auf Abruf oder als Aushilfe tätig war, sondern in regelmässiger Teilzeitarbeit. Ihre Tätigkeit war unbestrittenermassen auch nicht nur sehr kurz. Wie dargelegt, ist ein variabler Lohn bei Stundenlohnarbeit normal und genügt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung für die Qualifikation als "sehr unregelmässige Beschäftigung" für sich allein nicht. Die von der Beklagten aufgelisteten Differenzen der monatlichen Stundenzahlen machen die Teilzeitarbeit der Klägerin nicht zu einer (sehr) unregelmässigen. Unregelmässige Teilzeitarbeit ist nur in einem engen Rahmen anzunehmen, etwa bei regelmässigen Arbeitsunterbrüchen, regelmässigem Wechsel von Arbeitstagen oder dergleichen, nicht aber bei täglicher Arbeit im Rahmen von wählbaren Schichten in einem vordefinierten Rahmen. Die Arbeitszeiten und die daraus resultierenden Löhne der Klägerin waren jedenfalls nicht so unregelmässig, dass die Berechnung des Ferienlohns nennenswerte Schwierigkeiten verursacht hätte (vgl. oben E. 2.5). Wenn die Beklagte geltend macht, vielfach lasse sich erst im Nachhinein feststellen, ob ein Mitarbeitender vorwiegend regelmässig oder unregelmässig gearbeitet habe, so ist dazu was folgt festzuhalten: Zum einen besteht die von einem Teil der Lehre vorgeschlagene Möglichkeit, den Ferienzuschlag zwar auf jeder Lohnabrechnung zu berechnen und auszuweisen, ihn jedoch erst beim Ferienbezug auszusahlen (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 329d OR N 9 S. 693, mit Hinweisen; Portmann, Basler Komm., 5. Aufl. 2011, Art. 329d OR N 5). Zum anderen ist es angesichts der sehr restriktiven Rechtsprechung des Bundesgerichts empfehlenswert, zur Vermeidung von Nachzahlungen auf eine Abgeltung des Ferienlohns im Stundenlohn zu verzichten, sobald eine gewisse Regelmässigkeit im Arbeitspensum erkennbar wird. Letzteres war bei der Klägerin schon bald der Fall. Zu einer entsprechenden Anpassung hätte auch hinreichend Gelegenheit bestanden, da mit ihr ohnehin regelmässig neue Arbeitsverträge abgeschlossen wurden (vgl. oben E. 2.1).

E. 2.7

Wenn die Vorinstanz vor diesem Hintergrund die Beschäftigung der Klägerin – unter Verneinung der objektiven Notwendigkeit einer laufenden Ferienlohnzahlung sowie primär nach Massgabe der tatsächlich geleisteten Arbeit und nicht nach Massgabe der Möglichkeiten, die ihr aufgrund des Lohnsystems der Beklagten gemäss deren Darstellung theoretisch zur Verfügung gestanden hätten – als regelmässig bzw. im Ergebnis als nicht "sehr unregelmässig" im Sinne der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung qualifizierte, ist ihr weder eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts noch eine unrichtige Anwendung von Art. 329d OR noch Unangemessenheit vorzuwerfen. Die Einvernahme der von der Beklagten zur Erläuterung ihres Lohnsystems angerufenen Zeugen war und ist nicht erforderlich. Das Urteil der Vorinstanz entspricht der sehr restriktiven Behandlung der Abgeltung des Ferienlohns durch Lohnzuschläge durch das Bundesgericht und die überwiegende Lehre (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 329d OR S. 693, mit Hinweisen).

E. 2.8

Nach Massgabe von Treu und Glauben diskutabel erscheint die Verpflichtung zur Nachzahlung in Fällen wie dem vorliegenden, in denen jeden Monat 8,33 % Ferienlohn ausbezahlt und die Ferien voll bezogen wurden (vgl. oben E. 2.2, wobei mangels Relevanz für den Ausgang des Verfahrens die Umstände und Einzelheiten des Ferienbezugs der Klägerin im Juli 2011 offen bleiben können). An sich gibt es keinen Grund, eine

nochmalige Zahlung zu verfügen, wenn Gewährung und Zahlung der Ferien erfolgt sind (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 329d OR N 9 S. 691, mit Hinweis auf kantonale Urteile). Auch diesbezüglich ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung indes restriktiv. Ihr zufolge kann ein Rechtsmissbrauch nur angenommen werden, wenn zusätzliche Umstände hinzutreten wie etwa, dass die Abgeltungslösung auf Vorschlag des Arbeitnehmers und im Bewusstsein ihrer Nichtigkeit getroffen wurde (vgl. BGE 129 III 493 E. 5.1 f. sowie BGer-Urteile 4C.64/2006 vom 28.6.2006 E. 4.1.2 f. und 4C.147/2005 vom 26.9.2005 E. 4) oder wenn der Arbeitnehmer nicht nur Lohnzahlungen bei tatsächlicher Arbeit, sondern auch während den Ferien Akontozahlungen erhielt (vgl. BGer-Urteil 4A_66/2009 vom 8.4.2009 E. 4). Solche Umstände machte und macht die Beklagte nicht geltend.

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