

ZH_OBERGERICHT LA140029 vom 16. Dezember 2014

ZH Obergericht, 2014-12-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA140029

FR: ZH_OBERGERICHT LA140029 du 16 décembre 2014

IT: ZH_OBERGERICHT LA140029 del 16 dicembre 2014

Erwägungen

E. 1

Die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend: Beklagte) ist die ...gesellschaft, die den Schweizer Sie befindet sich praktisch vollständig in Bundesbesitz. Der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Kläger) ist Jurist und Rechtsanwalt. Er arbeitete ab September 2008 als ... im Stundenlohn für die Beklagte. Zunächst beruhte das Arbeitsverhältnis auf einem mündlichen Vertrag. Am 2. bzw. 10. Oktober 2008 schlossen die Parteien einen schriftlichen Vertrag ab. Sie vereinbarten dabei einen Basisstundenlohn von Fr. 40.80 brutto zuzüglich eines Anteils für Ferien von 8.33 % bzw. Fr. 3.40 und eines Anteils 13. Monatslohn von 8.33 % bzw. Fr. 3.70. Die einzelnen Arbeitseinsätze sollten auf Veranlassung der Beklagten, unter Berücksichtigung von deren betrieblichen Bedürfnissen sowie der Verfügbarkeit des Klägers, erfolgen. Dem Kläger stand das Recht zu, einen vorgeschlagenen Einsatz abzulehnen (Urk. 4/2a). In verschiedenen schriftlichen Nachträgen wurde der Basisstundenlohn schrittweise auf Fr. 53.45 brutto erhöht, wobei jeweils ein Anteil 13. Monatslohn von 8.33 %, ein Anteil Feiertage von 4 % sowie ein Anteil Ferien von 8.33 % ausgewiesen wurden (Urk. 4/2b-f). Der Kläger kündigte den Vertrag mit Schreiben vom 14. Juni 2013 auf den 31. Juli 2013 (Urk. 9/6).

E. 2

Mit Eingabe vom 11. Oktober 2013 (Urk. 2) sowie unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes D._____ vom 23. September 2013 (Urk. 1) machte der Kläger bei der Vorinstanz die vorliegende arbeitsrechtliche Klage über Fr. 16'463.35 brutto nebst Zins anhängig. Er fordert damit die Ferienlohnentschädigung zum bereits bezahlten Stundenlohn für den Zeitraum von September 2008 bis März 2013. Hinsichtlich des Verlaufs des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Mit Urteil vom 22. Juli 2014 hiess diese die Klage im Umfang von Fr. 16'300.– brutto nebst Zins gut (Urk. 12 = Urk. 16).

- 4 -

E. 3

a) Die Beklagte ist zunächst der Ansicht, dass sich die im vorinstanzlichen Urteil angeführte Rechtsprechung – und damit auch die darin verlangten Formulierungen – einzig auf fortdauernde Arbeitsverhältnisse, die sich über mehrere Lohnabrechnungsperioden erstrecken würden, beziehe. Das sei aus den entsprechenden Entscheiden ohne Weiteres ersichtlich. Ein in diesem Sinne fortdauerndes Arbeitsverhältnis läge vorliegend eben gerade nicht vor. Vielmehr seien im Verlauf der Zeit eine Mehrzahl einzelner, auf den jeweiligen Einsatz beschränkte Arbeitsverhältnisse vereinbart worden. In der gegenständlichen auf unechte Arbeit auf Abruf gerichteten Vertragsbeziehung habe sich die Frage nach dem Zeitpunkt der Ausrichtung der entsprechenden Anteile für Ferien gar nicht

stellen können. Sie seien notwendigerweise mit der Lohnzahlung zu entrichten gewesen, die auf den Ablauf der fraglichen Abrechnungsperiode und damit auf die Beendigung der darin enthaltenen einzelnen Arbeitsverhältnisse gefolgt seien. Ebenso wenig habe vor diesem Hintergrund ein vorzeitiger unbewusster Verbrauch der Anteile in Frage kommen können (Urk. 15 Rz. 30 ff.). b) Die Vorinstanz hatte das Vertragsverhältnis der Parteien als unechte Arbeit auf Abruf – auch Arbeit auf Abruf ohne Befolungspflicht genannt – qualifi-

- 6 - ziert, was die Beklagte nicht beanstandet. Richtig ist sodann, dass angenommen wird, dass der unechte Abrufvertrag vor der Einsatzvereinbarung noch keinen Arbeitsvertrag darstelle, da sich der Arbeitnehmer nicht zur Leistung von Arbeit verpflichtet habe. Es liege vielmehr erst ein Rahmenvertrag über die Arbeitsbedingungen vor (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Art. 319 OR N 18). Im Unterschied zur Aushilfs- und Gelegenheitsarbeit erfolgen die Einsätze jedoch in der Regel im Rahmen eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses. Ob ein andauerndes Arbeitsverhältnis oder eine Mehrzahl von einzelnen kurzfristigen Arbeitsverhältnissen vorliegt, bestimmt sich nach den getroffenen Abmachungen. Bezwecken diese eine über die einzelnen Arbeitseinsätze hinausgehende vertragliche Bindung, so liegt ein andauerndes Arbeitsverhältnis vor. Regelmässig wiederkehrende Beschäftigung bildet ein gewichtiges Indiz für das Vorliegen eines andauernden Arbeitsverhältnisses (ZK-Staehelin, Art. 319 OR N 55; BK-Rehbin-der/Stöckli, Art. 319 OR N 28; anders: Tribunal administratif de Neuchâtel, JAR 1997 S. 95 ff., wonach es sich stets um Gelegenheitsarbeit und nicht um eigentliche Arbeit auf Abruf handle, soweit dem Arbeitnehmer ein Ablehnungsrecht betreffend einzelner Einsätze zukomme). c) Vorliegend ergibt sich bereits aus dem Arbeitsvertrag vom 2. bzw. 10. Oktober 2008 (Urk. 4/2a), dass die Parteien ein unbefristetes und damit andauerndes Arbeitsverhältnis eingehen wollten. Dieses dauerte denn auch beinahe fünf Jahre, wobei es regelmässig zu Arbeitseinsätzen des Klägers kam, durchschnittlich während rund 66 Stunden pro Monat. Die beidseitige Abschlussfreiheit bezüglich der einzelnen Arbeitseinsätze ändert unter diesen Umständen nichts an der Dauerhaftigkeit der vertraglichen Bindung. Die Argumentation der Beklagten verfährt nicht.

E. 4

a) Die Beklagte macht weiter geltend, dem Kläger sei stets bewusst gewesen, dass die Lohnzahlungen die vereinbarten Anteile für Ferien enthalten hätten (Urk. 15 Rz. 25 ff.). Die Klage sei auch aus diesem Grund abzuweisen (Rz. 38 ff.). Sie verweist dazu auf BGE 116 II 517 f. E. 4b. Das Bundesgericht hielt in dieser Entscheidung fest, dass sowohl in der Literatur wie auch in der kantonalen Rechtsprechung vertreten werde, die Klage auf Ferienlohn könne abgewie-

- 7 - sen werden, falls der Arbeitgeber beweise, dass der Arbeitnehmer die Berechnungsweise der Lohnzahlung, d.h. den ziffernmässigen oder prozentualen Anteil des Feriengeldes, gekannt habe. Dieser Auffassung habe das Bundesgericht sich in unveröffentlichten Urteilen angeschlossen, wobei festgehalten worden sei, der Vertrauensgrundsatz gebiete, dass der Arbeitnehmer bei gehöriger Aufmerksamkeit sowohl im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wie aufgrund der einzelnen Gehaltsabrechnungen klar erkennen könne, dass und in welcher Höhe ein Zuschlag als Feriengeld entrichtet werde; das dürfe grundsätzlich nur dann angenommen werden, wenn der Zuschlag zum Arbeitslohn durch Angabe eines bestimmten Betrags oder Prozentsatzes als solcher erscheine. Dem sei indessen beizufügen, dass das Vertrauensprinzip als massgebender Grundsatz auch eine weniger strenge Beurteilung nahelegen könne, falls es

die besonderen Umstände des Einzelfalles – wie zum Beispiel ein mündlicher Vertragsschluss – gebieten würden. Das Bundesgericht ist damit nicht vom Grundsatz abgewichen, dass sowohl aus dem Arbeitsvertrag wie auch aus den periodischen Lohnabrechnungen klar ersichtlich sein muss, welcher Teil des Arbeitslohnes den Ferienlohnanspruch ab- gelten soll. Es hat lediglich an das Vertrauensprinzip als weiteren Grundsatz erinnert, welches im Einzelfall eine weniger strenge Beurteilung nahelegen könne. b) In BGE 129 III 493 liess das Bundesgericht gar offen, ob mit Blick auf den an sich klaren Wortlaut des Gesetzes und die in der Tat kaum jemals unüberwindbaren Schwierigkeiten bei der Berechnung des auf die Ferien entfallenden Lohnes an der Möglichkeit einer Abgeltung des Feriengeldes im laufenden Lohn überhaupt festgehalten werden könne (E. 3.3). Es setzte sich zudem mit der Frage auseinander, unter welchen Umständen sich die Geltendmachung von Ferienlohnansprüchen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses als rechtsmissbräuchlich erweisen könne. Im zu beurteilenden Fall hatte die Arbeitgeberin eingewendet, der Arbeitnehmer habe während des gesamten Arbeitsverhältnisses gewusst, dass die Ferienlohnschädigung nach ihrer Auffassung im Leistungslohn inbegriffen gewesen sei. Das Bundesgericht verneinte einen Rechtsmissbrauch (E. 5).

E. 5

a) Die Beklagte hält dies nicht für massgebend. Im fraglichen Fall sei erstens eben gerade nicht nachgewiesen worden, dass der Arbeitnehmer den zif-

- 8 - fernmässigen oder prozentualen Anteil des Ferienlohns gekannt habe. Es habe bloss eine entsprechende Behauptung des Arbeitgebers vorgelegen, die sich zudem nur auf das Verständnis des Arbeitgebers selbst bezogen habe. Zweitens habe sich in jenem Fall auch der schriftliche Arbeitsvertrag darüber ausgeschwiegen, ob der vereinbarte Stundenlohn auch einen Ferienzuschlag enthalte (Urk. 15 Rz. 41). Dass der Kläger im vorliegenden Fall stets gewusst habe, dass die Anteile für Ferien in den Lohnzahlungen enthalten gewesen seien, will die Beklagte daraus ableiten, dass der Anteil für Ferien bzw. der entsprechende Zuschlag zum vereinbarten Grundansatz des Stundenlohns im Rahmenvertrag und in den schriftlichen Nachtragsvereinbarungen stets ausdrücklich und gesondert festgehalten worden seien, und zwar sowohl in Prozentangaben als auch betragsmässig in Franken und Rappen (Rz. 18). b) Dazu ist zu sagen, dass zu den formellen Voraussetzungen für eine rechtswirksame Abgeltung des Ferienlohnanspruchs gehört, dass der Ferienlohn nicht nur im Arbeitsvertrag, sondern auch auf jeder periodischen Lohnabrechnung oder Lohnquittung betragsmässig ausgewiesen wird, denn nur so besteht für den Arbeitnehmer die notwendige Klarheit und kann er den genauen Betrag auch noch in einem späteren Zeitpunkt feststellen (BGE 129 III 495 E. 3.2 mit Hinweisen; BGer 4C.219/2006 vom 24. Januar 2007 E. 2.1). Dieses sog. Spezifikationsprinzip würde ausgehebelt, wenn allein aus der gesonderten Ausweisung des Ferienlohnes im Arbeitsvertrag und allfälligen Nachträgen dazu darauf geschlossen würde, dass der Arbeitnehmer die ziffernmässige Höhe des Zuschlags genau kannte.

E. 6

a) Das jederzeitige Vorhandensein des betreffenden Wissens sieht die Beklagte auch dadurch bestätigt, dass der Kläger Jurist und Rechtsanwalt sei und überdies einen absolut herausragenden Intelligenzquotienten aufweise (Urk. 15 Rz. 26.2). Diese Umstände mögen ein Indiz sein. Sie genügen jedoch nicht zum Nachweis, dass dem Kläger von Beginn weg

stets klar war, welcher Teil des Arbeitslohnes den Ferienlohnanspruch abgelteten soll. Mit den entsprechenden Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz (Urk. 16 E. IV/C.2.a) setzte sich die Beklagte im Übrigen nicht in genügendem Masse auseinander.

- 9 - b) Unbestritten ist, dass dem Kläger im Dezember 2009 durch die Lektüre eines Beobachterratgebers bewusst wurde, dass die Lohnabrechnungen der Beklagten hinsichtlich separater Darstellung der Ferienlohnabgeltung mangelhaft waren. Unbestritten ist auch, dass er diese Erkenntnis nicht für sich behielt, sondern E. _____ von der Beklagten darauf ansprach. Die Beklagte unternahm in der Folge nichts. Mit E-Mail vom 16. Januar 2012 gelangte der Kläger erneut an die Beklagte und wies darauf hin, dass der Ferienlohnanteil in den Lohnabrechnungen nicht ausgewiesen werde (Urk. 4/9). Angepasst wurden die Lohnabrechnungen erst im Mai 2013 (vgl. Urk. 4/7). Es bleibt zu prüfen, ob sich die Geltendmachung des Ferienlohnes nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter diesen Umständen als rechtsmissbräuchlich erweist.

E. 7

a) Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Wann ein solcher Missbrauch vorliegt, ist stets anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu bestimmen (BGE 135 III 169 E. 3.3.1). Dabei sind die von der Lehre und Rechtsprechung gebildeten Fallgruppen zu beachten. Zu diesen Fallgruppen ist die Rechtsausübung zu zählen, die ohne schützenswertes Interesse erfolgt oder zu einem krassen Missverhältnis berechtigter Interessen führen würde. Ebenso kann allgemein gesagt werden, dass die Geltendmachung eines Rechts missbräuchlich ist, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechnete Erwartungen enttäuscht. Indessen ist im Widerspruch zwischen der Zustimmung zu einer Vereinbarung und der nachträglichen Geltendmachung ihrer Ungültigkeit unter Berufung auf zwingendes Recht 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. Ebenso hat die Partei, die das Recht der Gegenpartei zur Anrufung der Nichtigkeit aufgrund eines Formmangels bestreitet, besondere den konkreten Fall kennzeichnende Umstände nachzuweisen, die offensichtlich machen, dass die Berufung auf den Formmangel treuwidrig ist. Solche Umstände können vorliegen, wenn die Partei sich auf zwingendes Recht beruft, welche die dagegen verstossende Vereinbarung in eigenem Interesse und in Kenntnis ihrer Unzulässigkeit selber vorgeschlagen und damit beim Rechtserwerb

- 10 - 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 497 f. E. 5.1 mit Hinweisen). b) Vorliegend hat der Kläger nicht unredlich gehandelt. Er wies die Beklagte mehrmals auf die formellen Mängel der Lohnabrechnungen hin. Er hat sich mit dem Vorgehen der Beklagten nicht einverstanden erklärt, sondern forderte diese im Gegenteil dazu auf, ihre Praxis zu ändern. Bestand nun aber der Kläger auf einer separaten Darstellung der Ferienlohnabgeltung in den einzelnen Gehaltsabrechnungen, durfte die Beklagte nicht darauf vertrauen, dass dieser aus der gesonderten Ausweisung des Ferienlohnes im Arbeitsvertrag und den Nachträgen dazu die

ziffernmässige Höhe des Zuschlags genau kannte. Es lässt sich ausserdem nicht sagen, dass die von der angerufenen Norm zu schützenden Interessen entfallen oder sonst wie gewahrt wurden. Auch wenn dem Kläger ab einem bestimmten Zeitpunkt bewusst sein musste, dass die Ferienentschädigung nach Auffassung der Beklagten im Lohn inbegriffen war, und ihm die Berechnungsweise grundsätzlich bekannt war, bestand seinerseits ein berechtigtes Interesse an der Ausweisung der ziffernmässigen Höhe des Zuschlags in den einzelnen Lohnabrechnungen. Dies nur schon deshalb, weil die Lohnhöhe stets variierte. Kam die Beklagte, welche rund 1'400 Arbeitnehmende beschäftigt, ihrer entsprechenden Obliegenheit trotz mehrmaliger Aufforderung des Klägers nicht nach, nahm sie das Risiko einer Doppelzahlung bewusst in Kauf. Sie kann sich davon nicht unter Berufung auf Art. 2 ZGB befreien. Anders mag es sich verhalten, wenn ein Arbeitnehmer die Berechnungsweise der Lohnzahlung kennt und den Arbeitgeber trotz Kenntnis der Rechtslage nicht auf die Missachtung der entsprechenden Regelungen hinweist. Im vorliegenden Einzelfall sind hingegen keine besonderen Umstände ersichtlich, welche die Einforderung des Ferienlohnes mangels Einhaltung der formellen Voraussetzungen zu seiner Abgeltung als rechtsmissbräuchlich erscheinen liessen. Dies insbesondere auch nicht, weil der Kläger tatsächlich

- 11 - Ferien bezogen habe und in jeder Hinsicht über mehr als genügend einsatzfreie Zeit verfügt habe, wie die Beklagte geltend machte. Der Arbeitgeber bleibt auch dann verpflichtet, dem früheren Arbeitnehmer die gesetzlich vorgeschriebenen Ferienlöhne nach Vertragsauflösung als Entschädigung nachzuzahlen, wenn der Arbeitnehmer die ihm zustehenden Ferien tatsächlich bezogen hat (BGE 129 III 498 f. E. 5.2 mit Hinweisen).

E. 8

Gegen die vorinstanzliche Berechnung des Ferienlohns (Urk. 16 E. V) brachte die Beklagte nichts vor. Die Berufung ist abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen. III. Wie schon das erstinstanzliche ist auch das Berufungsverfahren kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO). Ausgangsgemäss wird die Beklagte für beide Verfahren entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der erstinstanzlichen Parteientschädigung (Fr. 3'375.–) wurde nicht beanstandet und ist so zu belassen. Der Mehrwertsteuerzuschlag beträgt Fr. 270.–. Die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 AnwGebV auf Fr. 1'670.– zu veranschlagen. Hinzu kommt antragsgemäss ein Mehrwertsteuerzuschlag von Fr. 133.60. Für beide Verfahren zusammen beträgt die Parteientschädigung demnach Fr. 5'448.60 (inkl. Mehrwertsteuer). Es wird erkannt:

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