

*Urteil***Einschluss der Ferienentschädigung in den Lohn**

Nur im Ausnahmefall, bei Arbeitsverhältnissen mit unregelmässiger Teilzeitarbeit, kann die Entschädigung für die Ferien in den Lohn eingeschlossen werden. Dann muss sich aber aus der Lohnabrechnung klar ergeben, welcher Anteil des Lohnes Abgeltung für die Ferien ist. Ist dies nicht der Fall, riskiert der Arbeitgeber, den Lohn für die Ferien nochmals bezahlen zu müssen.

Sachverhalt

A. war vom 1. Juni 2001 bis zum 31. Oktober 2003 als Auto- und Bootsachverständiger bei der X. SA angestellt. Vom 1. November 2003 bis zum 20. Dezember 2003 war er als selbständiger Auftragnehmer für seine ehemalige Arbeitgeberin tätig.

Aus den Erwägungen

2.1 X. beschwert sich über eine unvollständige Feststellung des Sachverhalts, da das kantonale Gericht nicht überprüft habe, wie die Vereinbarung zustande kam, mit der sich die Parteien angeblich geeinigt hatten, der Lohn enthalte auch eine Ferienentschädigung.

2.2 Gemäss Art. 329d Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn zu entrichten. Von dieser Vorschrift darf zuungunsten des Arbeitnehmenden nicht abgewichen werden. Die zwingende Vorschrift in Art. 329d Abs. 2 OR sieht zudem vor, dass die Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden dürfen. Wegen der Schwierigkeiten, welche das Verbot der Abgeltung der Ferien durch Geld bei Teilzeitzustellen bieten kann, hat die Rechtsprechung eine Abgeltung der Ferien durch Lohn ausnahmsweise zugelassen. Voraussetzung ist allerdings neben der objektiven Notwendigkeit aufgrund der unregelmässigen Beschäftigung, dass sowohl aus dem Arbeitsvertrag wie auch aus den periodischen Lohnabrechnungen klar ersichtlich ist, welcher Anteil des Lohnes als Kompensation für die Ferien ausbezahlt wird.

Im vorliegenden Fall wird die im angefochtenen Urteil enthaltene Feststellung, aus der Lohnabrechnung sei nicht

ersichtlich, welcher Anteil oder Prozentsatz des A. ausbezahlten Lohnes für die Abgeltung der Ferien bestimmt ist, von X. nicht bestritten. Daraus ergibt sich, dass die von der Rechtsprechung verlangten formalen Voraussetzungen, um eine Abweichung von Art. 329d OR als gültig anzuerkennen, im konkreten Fall nicht erfüllt wären. Unter diesen Umständen konnte das kantonale Gericht die Frage, ob die Parteien tatsächlich eine Vereinbarung in dem von X. geltend gemachten Sinn geschlossen hatten, durchaus offen lassen, da sie ohnehin unwirksam gewesen wäre.

3.1 X. wendet sodann ein, A. habe Rechtsmissbrauch begangen, da er erst nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Nichtigkeit der – angeblichen – Vereinbarung geltend gemacht und sie so daran gehindert habe, das Entlöhnungssystem rechtzeitig zu ändern, «indem wenigstens auf den Lohnabrechnungen angegeben worden wäre, welcher Lohnanteil der Abgeltung der Ferien entsprach». Weiter macht sie geltend, das kantonale Gericht habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, «weil nicht einmal geprüft worden sei, ob sie in Treu und Glauben gehandelt habe».

3.2 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das kantonale Gericht fast eine Seite des angefochtenen Urteils der Prüfung des von X. gegen A. erhobenen Vorwurfs, missbräuchlich gehandelt zu haben, gewidmet hat. Daraus folgt, dass die Rüge, der Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden, jeder Grundlage entbehrt. Nach ständiger Rechtsprechung kann nur aus dem Widerspruch, dass eine Partei einer Vereinbarung zustimmt, um anschliessend die Unwirksamkeit dieser Abrede nach zwin-

gendem Recht geltend zu machen, Rechtsmissbrauch angenommen werden. Im Übrigen bleibt anzumerken, dass nach ständiger Rechtsprechung nur dann, wenn weitere besondere Umstände vorliegen, Rechtsmissbrauch erkannt werden kann aus dem Widerspruch, dass eine Partei zuerst einer Vereinbarung zugestimmt hat, um anschliessend die Unwirksamkeit der Abrede nach zwingendem Recht geltend zu machen. Eine gegenteilige Lösung hätte nämlich zur Folge, dass dem Arbeitnehmer der ihm vom zwingenden Recht gewährte Schutz in Anwendung von Art. 2 Abs. 2 ZGB entzogen wird. Die blosser Tatsache, dass er Zeit hat verstreichen lassen, aber noch vor Ablauf der Verjährungsfrist gehandelt hat, deutet nicht auf Missbrauch hin, ausser der Verzug bringe den Schuldner in offensichtliche Schwierigkeiten, etwa bei der Bezifferung der Forderung oder wenn sich daraus ein ungerechtfertigter Vorteil für den Anspruchsberechtigten ergibt.

Solche besonderen Umstände sind im vorliegenden Fall jedoch nicht ersichtlich. X. macht nicht einmal geltend, A. habe vom oben genannten Formfehler, der die – angebliche – Vereinbarung vor der Einreichung der geprüften Klage entkräftigt, Kenntnis gehabt. So dann scheint sie nicht zu wissen, dass die erwähnte Formvorschrift einerseits einen Beweisnotstand verhindern und andererseits als Warnung an den Arbeitnehmer dienen soll, damit er sich bewusst ist, worauf er verzichtet, um ihn so daran zu hindern, leichtfertig eine Verpflichtung einzugehen.

Urteil der Schweizerischen Bundesgerichts, 18. Februar 2013 (4A_341/2012) (Übersetzung aus dem Italienischen)