Urteilskopf

118 II 136

29. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 16. Juni 1992 i.S. B. gegen N. P. AG (Berufung)
Regeste (de):
Art. 329d Abs. 1 und 2 OR. Ferienlohn. Abgeltungsverbot.

Nichtigkeit einer Vereinbarung, nach welcher der Arbeitnehmer für die Lohnkosten eines "in Ausnahmefällen" nötig werdenden Ferienvertreters selbst aufzukommen hat. Unzulässigkeit der Abgeltung dieses Risikos durch einen überdurchschnittlichen Arbeitslohn (E. 3b).

Regeste (fr):
Art. 329d al. 1 et 2 CO. Salaire afférent aux vacances. Interdiction de remplacer les vacances par d'autres prestations.

Nullité d'une convention mettant à la charge du travailleur le salaire de celui qui, "dans des cas exceptionnels", devrait le remplacer pendant les vacances. Il n'est pas admissible de prendre en compte cette éventualité en accordant au travailleur un salaire supérieur à la moyenne (consid. 3b).

Regesto (it):
Art. 329d cpv. 1 e 2 CO. Salario durante le vacanze. Proibizione d'indennizzo.

Nullità di una convenzione stando alla quale il lavoratore è tenuto ad assumere personalmente i costi di colui che in "casi eccezionali" dovrebbe sostituirlo durante le vacanze. Questo rischio non può essere indennizzato mediante il versamento di un salario superiore alla media (consid. 3b).

Sachverhalt ab Seite 136

A.- Aufgrund eines Arbeitsvertrags vom 20. Juli 1987 war Silvia B. vom 1. November 1987 bis zum 20. Februar 1989 bei der N. P. AG als Gerantin des Restaurants "N. P." in Adliswil angestellt. Der vereinbarte Monatslohn betrug einen Viertel des monatlichen Getränkeumsatzes, von dem u.a. die Löhne des von der Arbeitnehmerin einzustellenden und zu entlassenden Personals abzuziehen waren. Art. 9 des Vertrags sah unter dem Titel "Ferien und Freizeit" folgendes vor: "Die Gerantin hat Anspruch auf achtundzwanzig Ferientage pro Dienstjahr, welche jährlich zu beziehen sind...
In der Regel sollte die Gerantin durch die Assistentin vertreten werden. In Ausnahmefällen kann eine Aushilfe ... als Vertretung eingesetzt werden. Die Entlöhnung dieser Vertretung erfolgt ebenfalls von den 25% des Getränkeumsatzes.
Auf Wunsch macht die Verwaltung monatliche Rückstellungen für die Ferien der Gerantin, denn der Lohn während den Ferien ist ebenfalls in den 25% des Getränkeumsatzes enthalten, somit könnte bei Ferienabwesenheit der Lohn während dieser Zeit etwas geringer ausfallen (weil eine Stellvertretung bezahlt werden muss)..."

B.- Unter Berufung auf die Nichtigkeit der Ferienlohnregelung wegen Verstosses gegen die zwingenden Vor-

schriften des Art. 329d OR klagte Silvia B. am 10. November 1989 beim Bezirksgericht Horgen

BGE 118 II 136 S. 137

gegen die N. P. AG auf Befriedigung ihrer Ferienansprüche durch Nachzahlung von Ferienlohn. Während das Bezirksgericht die Klage teilweise schützte, wies sie das Zürcher Obergericht ab. Gegen das obergerichtliche Urteil vom 30. April 1991 führt die Klägerin mit Erfolg eidgenössische Berufung.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. b) Die Pflicht des Arbeitgebers zur Lohnfortzahlung während der Ferien soll sicherstellen, dass der Arbeitnehmer von der Arbeit befreit wird, ohne deswegen finanzielle Einbussen zu erleiden (REHBINDER, N. 1 zu Art. 329d OR). Das Abgeltungsverbot bezweckt, dass Ferien der Erholung dienen und nicht durch Geldleistungen abgegolten werden (STAEHELIN und REHBINDER, je N. 14 zu Art. 329d OR). Die Durchsetzung dieses Verbots kann in bestimmten, hier jedoch nicht vorliegenden Fällen wie namentlich bei sehr unregelmässiger Arbeitszeit von Teilzeitbeschäftigten mit Schwierigkeiten verbunden sein. Deshalb lässt die Rechtsprechung Abgeltungsvereinbarungen ausnahmsweise zu, sofern für den Arbeitnehmer sowohl aus dem Arbeitsvertrag wie aus den Lohnabrechnungen klar ersichtlich ist, welcher Teil des Arbeitslohns den Ferienanspruch abgelten soll. Denn würde die blosse Abrede, der Ferienlohn sei im Arbeitslohn inbegriffen, als zulässig anerkannt, könnte beim Arbeitnehmer die irrige Vorstellung entstehen, er habe lediglich den Lohn für die erbrachte Arbeitsleistung erhalten und werde zu gegebener Zeit zusätzlich noch Ferienlohn beanspruchen können. Damit Feriengeld auch tatsächlich für die Ferien zur Verfügung steht und die Gerichte zudem überprüfen können, ob der vereinbarte Ferienlohnanteil die unverminderte Lohnfortzahlung während der Ferien gewährleistet, bleibt der Arbeitgeber trotz solcher pauschaler Abreden und ungeachtet der auf dieser Grundlage erbrachten Leistungen verpflichtet, dem früheren Arbeitnehmer die gesetzlich vorgeschriebenen Ferienlöhne nach Vertragsauflösung als Entschädigung nachzuzahlen (BGE 116 II 517 f. E. 4a-c mit zahlreichen Hinweisen; BGE 107 II 434 E. 3a; REHBINDER, N. 12 zu Art. 329d OR mit Hinweisen auf die kantonale Rechtsprechung; STAEHELIN, N. 17 zu Art. 329d OR; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, N. 2 zu Art. 329d OR). Zwar konnten der Klägerin aufgrund der Regelung in Art. 9 des Arbeitsvertrags, nach welcher sie allfällige Ferienvertreter selbst zu finanzieren hatte, nicht bei jeder Ferienabwesenheit Lohnkosten

BGE 118 II 136 S. 138

belastet werden. Diese Möglichkeit war auf "Ausnahmefälle" beschränkt, wo ein auswärtiger Vertreter nötig und die Klägerin nicht durch ihre auch sonst zu entlöhnende Assistentin vertreten würde. Dass jedoch die im Vertragstext denn auch ausdrücklich erwähnte Möglichkeit von Lohneinbussen nicht nur theoretisch war, geht aus dem erstinstanzlich festgestellten Sachverhalt hervor, den das Obergericht zu bestätigen scheint. Danach musste die Klägerin, um auch nur einen Teil der Ferien, nämlich 15 von insgesamt 37 Tagen, beziehen zu können, für Fr. 2'665.– einen Vertreter einstellen. Ob es die Klägerin in der Hand gehabt hätte, durch organisatorische Massnahmen diesen Verlust zu vermeiden oder durch Rückstellungen wenigstens auszugleichen, ist entgegen der Auffassung des Obergerichts und der Beklagten nicht ausschlaggebend. Entscheidend kann nur

sein, dass die Klägerin gemäss Art. 9 des Vertrags für den Lohn ihres Vertreters selbst aufzukommen hatte und daher während der Ferien möglicherweise gerade nicht den in Art. 329d Abs. 1 OR zwingend vorgeschriebenen vollen Ferienlohn erhalten sollte. Diese klar gegen die Pflicht zur unverminderten Lohnfortzahlung verstossende Vertragsbestimmung, die den Arbeitnehmer vom Bezug der gesetzlich vorgeschriebenen Ferien abhalten kann, wird auch nicht dadurch gesetzmässig, dass laut Bezirksgericht der weit über dem Durchschnitt liegende Arbeitslohn der Klägerin das vereinbarte Verlustrisiko mehr als nur kompensiert habe. Nach dieser Auffassung würden die ferienbedingten Lohneinbussen durch einen grosszügigen Arbeitslohn abgegolten, der einen nicht näher spezifizierten Ferienlohnanteil zum Ausgleich dieser Verluste enthält. Eine solche Vereinbarung wäre mit dem Abgeltungsverbot nicht zu vereinbaren. Sie hielte nach dem Gesagten nicht einmal dann vor Art. 329d Abs. 2 OR stand, wenn eine Abgeltung ausnahmsweise zulässig wäre. Als weitere Voraussetzung müsste in diesem Fall der zur Sicherstellung des vollen Ferienlohns erforderliche Anteil bereits im Arbeitsvertrag ausgeschieden und der Höhe nach genau bestimmt sein.