Urteilskopf

122 III 268

48. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 28. August 1996 i.S. Unteregger gegen Einwohnergemeinde Ostermundigen (Berufung)
Regeste (de):
Art. 324a Abs. 1 OR, Art. 81 Ziff. 2 MStG; Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers aus Gründen, die in seiner Person liegen.

Die Leistung eines Arbeitsdienstes wegen Militärdienstverweigerung aus Gewissensgründen gemäss Art. 81 Ziff. 2 MStG stellt eine unverschuldete Arbeitsverhinderung im Sinne von Art. 324a Abs. 1 OR dar (E. 3).

Regeste (fr):
Art. 324a al. 1 CO, art. 81 ch. 2 CPM; obligation de l'employeur de continuer à payer le salaire lorsque le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne.

L'accomplissement d'une mesure d'astreinte au travail pour objection de conscience conformément à l'art. 81 ch. 2 CPM constitue un empêchement de travailler non fautif au sens de l'art. 324a al. 1 CO (consid. 3).

Regesto (it):
Art. 324a cpv. 1 CO, art. 81 n. 2 CPM; obbligo del datore di lavoro di continuare a versare il salario allorquando il lavoratore è impedito senza sua colpa di lavorare per cause inerenti la sua persona.

La prestazione di un servizio di lavoro a causa d'obiezione di coscienza conformemente all'art. 81 n. 2 CPM costituisce un impedimento di lavorare non colpevole ai sensi dell'art. 324a cpv. 1 CO (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 268

BGE 122 III 268 S. 268

A.- Mit Vertrag vom 8. Mai 1990 stellte die Einwohnergemeinde A. (nachstehend: Gemeinde) X. per 21. Mai 1990 als Asylkoordinator an. Die

BGE 122 III 268 S. 269

Parteien vereinbarten, dass die Anstellung nach Obligationenrecht erfolge, wobei die Lohnhöhe sich nach der kantonalen Regelung richte. Im Jahre 1991 verweigerte X., der bis dahin sechs Wiederholungskurse geleistet hatte, aus ethischen Gründen den weiteren ihm obliegenden Militärdienst. Er wurde deshalb am 8. Mai 1992 vom Divisionsgericht III gemäss Art. 81 Ziff. 2 des Militärstrafgesetzes (MStG; SR 321.0) der Dienstverweigerung schuldig gesprochen und zur Leistung eines viermonatigen Arbeitsdienstes verurteilt. Dieser wurde von X. in der Zeit vom 1. Februar bis zum 31. März 1993 und vom 3. Mai bis zum 26. Juni 1993 bei der

Gefangenenhilfsorganisation "Amnesty International" in Bern geleistet. Mit Schreiben vom 24. Februar 1993 teilte die Gemeinde X. mit, die Abwesenheit aufgrund des Arbeitsdienstes werde wie unbezahlter Urlaub bzw. Strafdienst behandelt, d.h. die Besoldung werde für die Dauer der Abwesenheit eingestellt, wobei die Prämien für die Sozialleistungen voll zu seinen Lasten gingen und sein Ferienanspruch entsprechend gekürzt werde. X. protestierte mit Schreiben vom 19. April 1993 gegen dieses Vorgehen und verlangte die Lohnfortzahlung wie bei einer Militärdienstleistung. Die Gemeinde lehnte dieses Begehren am 26. Mai 1993 ab.

B.- Am 9. Februar 1994 klagte X. beim Appellationshof des Kantons Bern gegen die Gemeinde auf Bezahlung von Fr. 17'273.90 nebst Zins zu 5% seit dem 1. Dezember 1993. Mit Urteil vom 27. Oktober 1994 verpflichtete der Appellationshof die Beklagte, dem Kläger Fr. 4'608.90 als Bruttolohn nebst Zins zu 5% seit dem 1. Dezember 1993 auf dem Nettolohnbetrag sowie Fr. 1'070.60 nebst Zins zu 5% seit dem 1. Dezember 1993 zu bezahlen.

C.- Der Kläger hat eidgenössische Berufung erhoben und beantragt, das Urteil des Appellationshofes sei dahingehend abzuändern, dass die Beklagte zu verurteilen sei, ihm Fr. 14'250.– als Bruttolohn nebst Zins zu 5% seit dem 1. Dezember 1993 auf dem Nettolohnbetrag zuzüglich Fr. 2'019.35 nebst Zins zu 5% seit dem 1. Dezember 1993 zu bezahlen. Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung und erhebt Anschlussberufung mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils und Abweisung der Klage. Der Kläger beantragt, die Anschlussberufung sei abzuweisen. Das Bundesgericht weist die Anschlussberufung ab und heisst die Berufung teilweise gut, soweit es auf die Rechtsmittel eintritt.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. Die Vorinstanz qualifizierte den Arbeitsdienst des Klägers als unverschuldete Arbeitsverhinderung im Sinne von Art. 324a Abs. 1 OR. Der Arbeitsdienst sei auf die Ausübung des verfassungsmässigen Rechts der Gewissensfreiheit bezüglich des Militärdienstes zurückzuführen, welche mit der Übergangsregelung in Art. 81 Ziff. 2 MStG und der Änderung von Art. 18 BV anerkannt worden sei. Die Beklagte treffe daher während des Arbeitsdienstes eine Lohnfortzahlungspflicht, deren Dauer unter den gegebenen Umständen gemäss Art. 324a Abs. 2 OR auf insgesamt zwei Monate festzusetzen sei. Die Beklagte macht mit Anschlussberufung geltend, bei der vom Kläger erbrachten Arbeitsleistung handle es sich um eine selbstverschuldete Arbeitsverhinderung, die keine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nach sich ziehe. Sie begründet dies insbesondere damit, dass die Vorinstanz mit der Berücksichtigung des am 17. Mai 1992 revidierten Art. 18 Abs. 1 BV von einer bundesrechtswidrigen Vorwirkung dieser Bestimmung ausgegangen sei, da sowohl die Dienstverweigerung als auch die entsprechende Verurteilung des Klägers vor dieser Revision erfolgt seien.
a) aa) Gemäss Art. 324a Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer, der aus Gründen, die in seiner Person liegen, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert ist, für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu entrichten, sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen wurde. Diese Regelung hat den sozialen Zweck, die grundsätzlich vom Arbeitnehmer zu tragende Gefahr seiner Arbeitsverhinderung teilweise auf den Arbeitgeber zu überwälzen (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N. 2 zu Art. 324a OR; REHBINDER, Berner Kommentar, N. 1 zu Art. 324a OR; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 5. Aufl., N. 5 zu Art. 324a/b OR). Als Verhinderungsgründe nennt das Gesetz insbesondere Krankheit, Unfall, die Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder die Ausübung eines öffentlichen Amtes. Bei der Beurteilung der Frage, ob die freiwillige Übernahme gesetzlicher Pflichten ein Verschulden im Sinne von Art. 324a Abs. 1 OR darstellt, sind gemäss der sozialen Zielsetzung dieser Bestimmung sowohl das Interesse des Arbeitnehmers an der Ausübung seiner verfassungsmässigen Rechte (vgl. Art. 336 Abs. 1 lit. b OR) als auch das öffentliche Interesse an der Erfüllung gesetzlicher Pflichten zu berücksichtigen

(STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N. 28 zu Art. 324a OR). Ein

BGE 122 III 268 S. 271

Verschulden des Arbeitnehmers ist daher dann zu verneinen, wenn diese Interessen gegenüber denjenigen des Arbeitgebers an der Arbeitsleistung überwiegen. So gilt zum Beispiel die Verpflichtung zur Erbringung des militärischen Frauendienstes in Anbetracht der öffentlichen Interessen als unverschuldet, obwohl die Anmeldung dazu freiwillig erfolgt (BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., N. 5 zu Art. 324a OR; REHBINDER, Berner Kommentar, N. 8 zu Art. 324a OR; REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 12. Aufl., S. 79; REHBINDER, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, N. 1 zu Art. 324a OR; KUHN/KOLLER, Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, 9/3.3, S. 2; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 17 zu Art. 324a/b OR; VISCHER, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1,III, S. 128; vgl. auch Art. 336 Abs. 1 lit. e und Art. 336c Abs. 1 lit. a OR). Die gleichen Grundsätze gelten auch bezüglich der freiwilligen Übernahme von Unfallrisiken. Es kann daher von einem Arbeitnehmer unter Berücksichtigung seiner persönlichen Freiheit in der Regel nicht verlangt werden, von der Ausübung aller riskanten Sportarten wie Skifahren, Bergsteigen, Tauchen, Reiten etc. abzusehen (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N. 24 zu Art. 324a OR; REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 12. Aufl., S. 80; REHBINDER, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, N. 3 zu Art. 324a OR; KUHN/KOLLER, a.a.O., 9/5.1, S. 2; VISCHER, a.a.O., S. 129). bb) Mit der Revision des Militärstrafgesetzes vom 5. Oktober 1990 (sog. Barras-Reform) wurde zur Entkriminalisierung des Strafvollzugs für Dienstverweigerer aus Gewissensgründen in Art. 81 Ziff. 2 MStG anstatt einer Freiheitsstrafe ein Arbeitsdienst vorgesehen. Dieser beträgt in der Regel das Anderthalbfache des verweigerten Militärdienstes (Art. 81 Ziff. 2 Abs. 2 MStG). Er hat zwar pönalen Charakter, wird aber, um dem Erfordernis der Entkriminalisierung zu entsprechen, nicht ins Zentralstrafregister eingetragen (Art. 226 MStG; Botschaft über die Änderung des Militärstrafgesetzes und des Bundesgesetzes über die Militärorganisation vom 27. Mai 1987, BBl 1987 II 1311 ff., S. 1317; a.M. POPP, Kommentar zum Militärstrafgesetz, Besonderer Teil, N. 36 zu Art. 81 MStG, welcher den pönalen Charakter des Arbeitsdienstes verneint). Nachdem in der Volksabstimmung vom 17. Mai 1992 eine Änderung von Art. 18 Abs. 1 BV angenommen wurde, welche die Einführung eines zivilen Ersatzdienstes vorsah, erliess der Bundesrat gestützt auf Art. 81 Ziff. 2 Abs. 5 MStG am 1. Juli 1992 eine Verordnung über die Arbeitsleistung

BGE 122 III 268 S. 272

infolge Militärdienstverweigerung (VAL; SR 824.1). In Art. 24 VAL wird die Arbeitsleistung bezüglich des Kündigungsschutzes gemäss Art. 336 OR dem obligatorischen Militärdienst gleichgestellt. Die VAL äussert sich aber nicht zur Frage, ob der Arbeitsdienst auch bezüglich der Lohnfortzahlung gemäss Art. 324a OR dem Militärdienst gleichzustellen sei. In der Interpellation Vollmer vom 23. September 1993 wurde der Bundesrat daher angefragt, ob er bereit sei, die VAL entsprechend zu ergänzen (Amtl.Bull., Nationalrat, 1993, S. 2549). In seiner schriftlichen Stellungnahme vom 10. November 1993 ging der Bundesrat davon aus, es bestehe diesbezüglich kein unmittelbarer Handlungsbedarf, weil seiner Ansicht nach der Arbeitsdienst eine unverschuldete Arbeitsverhinderung im Sinne von Art. 324a OR darstelle, beruhe doch die Militärdienstverweigerung und damit der Grund der Arbeitsverhinderung auf einer Gewissensnot der arbeitspflichtigen Person (Amtl.Bull., Nationalrat, 1993, S. 2550; vgl. auch die Botschaft zum Bundesgesetz über den zivilen Ersatzdienst vom 22. Juni 1994, BBl 1994 III 1609 ff., S. 1711). Auch das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit qualifiziert die Arbeitsleistung gemäss Art. 81 Ziff. 2 MStG als unverschuldete Arbeitsverhinderung (BIGA, Erläuterungen zur Verordnung über die Arbeitsleistung infolge Militärdienstverweigerung und zur Verordnung des EVD über

den Vollzug der Arbeitsleistung infolge Militärdienstverweigerung, S. 46). Diese Qualifikation ist zutreffend. Zumindest seit der Verfassungsreform vom 17. Mai 1992 kann einem Arbeitnehmer unter Berücksichtigung seiner Glaubens- und Gewissensfreiheit trotz eines Schuldspruchs gemäss Art. 81 Ziff. 2 MStG nicht mehr als Verschulden im Sinne von Art. 324a Abs. 1 OR angelastet werden, dass er den Militärdienst aus Gewissensgründen verweigerte und daher einen längeren Arbeitsdienst leisten muss. Die gesetzliche Pflicht zur Erfüllung des Arbeitsdienstes gilt daher als unverschuldet, obwohl sie insoweit "freiwillig" übernommen wurde, als sie durch die Leistung des kürzeren Militärdienstes hätte vermieden werden können. b) Die Vorinstanz ist entgegen der Ansicht der Beklagten nicht von einer Vorwirkung der Verfassungsrevision vom 17. Mai 1992 ausgegangen, zumal die zu beurteilende Arbeitsverhinderung danach eingetreten ist. Die Vorinstanz hat demnach kein Bundesrecht verletzt, indem sie den Arbeitsdienst des Klägers gemäss Art. 324a 1 OR als unverschuldete Arbeitsverhinderung qualifizierte.