

La question de savoir si l'activité du travailleur est **irrégulière**, condition nécessaire à l'application du régime du paiement des vacances en argent, est une question de droit. En l'espèce, 35 des 56 décomptes présentent une différence entre eux de 10 à 25 %, ce qui atteste de l'existence d'une activité irrégulière.

Besetzung

Bundesrichterin Hohl, Präsidentin,
Bundesrichterin Kiss,
Bundesrichter Rüedi,
Gerichtsschreiber Matt.

Verfahrensbeteiligte

A.,
vertreten durch Fürsprecher Gerhard Hauser, Beschwerdeführer,

gegen

B. AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Joachim Lerf und Rechtsanwältin Simone Zurwerra,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Arbeitsvertrag - Ferienlohn (Art. 329d OR),

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Freiburg, II. Zivilappellationshof, vom 2. Dezember 2020 (102 2020 160).

Sachverhalt:

A.

A. (Kläger, Beschwerdeführer) arbeitete seit 2001 bei der B. AG (Beklagte, Beschwerdegegnerin) als Fahrer von Entsorgungsfahrzeugen für Siedlungsabfälle. Am 10. November 2017 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis fristlos.

Nach einer erfolglosen Schlichtungsverhandlung reichte A. am 3. Juli 2018 Klage beim Arbeitsgericht des Seebezirks ein und beantragte, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm Schadenersatz, eine Entschädigung für die ungerechtfertigte fristlose Kündigung sowie für die Überzeit und den ausstehenden Ferienlohn von Fr. 31'836.95 zu bezahlen. Das Arbeitsgericht hiess die Klage am 6. Mai 2019 teilweise gut und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger den ausstehenden Zuschlag für die geleistete Überzeit und den Lohnanspruch ab 16. Oktober 2017 zu bezahlen. Die Forderung auf Ferienlohn wies es ab. Ausserdem hielt es Arbeitsgericht fest, dass die fristlose Kündigung rechtmässig sei.

B.

Auf Berufung des Klägers hin bestätigte das Kantonsgericht Freiburg am 6. November 2019 die Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung. Es verpflichtete die Beklagte in teilweiser Gutheissung der

Berufung, dem Kläger zusätzlich zum Überzeitzuschlag und zum Lohn ab dem 16. September 2017 Ferienlohn von Fr. 31'331.80 brutto zu bezahlen. Alle weiteren Rechtsbegehren wies es ab. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde der Beklagten bezüglich der Frage des Ferienlohns am 15. April 2020 gut, soweit es darauf eintrat, und wies die Sache zur Neuurteilung an das Kantonsgericht zurück (Urteil 4A_619/2019). Dieses wies die Berufung am 2. Dezember 2020 ab und bestätigte den Entscheid des Arbeitsgerichts vom 6. Mai 2019. Demnach wurde die Klage teilweise gutgeheissen (Dispositiv-Ziffer 1) und die Beklagte verpflichtet, dem Kläger den ausstehenden Zuschlag für die geleistete Überzeit von Fr. 4'233.45 brutto (Ziff. 2) und den Lohnanspruch ab 16. Oktober 2017 von Fr. 5'339.05 brutto resp. Fr. 4'510.55 netto (Ziff. 3) zu bezahlen. Die weiteren Rechtsbegehren wurden abgewiesen (Ziff. 4). Die (erstinstanzlichen) Prozesskosten wurden dem Kläger zu 80% und der Beklagten zu 20% auferlegt (Ziff. 5) und der Kläger wurde verpflichtet, der Beklagten Fr. 4'155.45 Parteientschädigung zu bezahlen (Ziff. 6). Die Prozesskosten für die Berufungsverfahren wurden dem Kläger auferlegt (Ziff. II.).

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht beantragt der Kläger, Ziff. 4 des Urteils des Kantonsgerichts sei aufzuheben und die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den ausstehenden Ferienlohn von Fr. 31'331.80 brutto zu bezahlen. Die Ziff. 5 und 6 des angefochtenen Urteils seien aufzuheben und die Ziff. 6 und 7 sowie Ziff. II. des Urteils des Kantonsgerichts vom 6. November 2019 zu bestätigen. Die Kostenverteilung sowie die Parteientschädigung gemäss Ziff. II. des Urteils sei aufzuheben und stattdessen dem Kläger vom Kantonsgericht eine Entschädigung für das zweite Verfahren zuzusprechen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten.

Die Vorinstanz verzichtet auf eine Stellungnahme. Die Beschwerdegegnerin beantragt die kostenfällige Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann.

Erwägungen:

1.

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (Art. 29 Abs. 1 BGG; BGE 141 III 395 E. 2.1). In arbeitsrechtlichen Streitigkeiten ist die Beschwerde in Zivilsachen zulässig, sofern der Streitwert mindestens Fr. 15'000.-- beträgt (Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG). Gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG bestimmt sich der Streitwert bei Beschwerden gegen Endentscheide nach den Begehren, die vor der Vorinstanz streitig geblieben waren. Nach einem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts ist der ursprünglich vor der Vorinstanz streitige Betrag massgebend, nicht der Betrag, über den die Vorinstanz nach dem Rückweisungsentscheid noch zu entscheiden hat (vgl. Urteil 4A_10/2021 vom 1. März 2021 E. 1 mit Hinweisen). Der erforderliche Streitwert ist damit erreicht. Die übrigen Eintretensvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist - unter Vorbehalt gehöriger Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. E. 2 hiernach) - einzutreten.

2.

2.1. Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Die Beschwerde ist hinreichend zu begründen, andernfalls wird darauf nicht eingetreten (BGE 134 II 244 E. 2.1). In der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Unerlässlich ist, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (BGE 140 III 86 E. 2 S. 89, 115 E. 2).

2.2. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 140 III 115 E. 2; 135 III 397 E. 1.5). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (BGE 140 III 16 E. 1.3.1; Urteil 4A_413/2020 vom 19. Juli 2021 E. 2.1 f.).

3.

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe Art. 329d i.V.m. Art. 362 OR verletzt, indem sie seinen grundsätzlichen Anspruch auf Ferienlohn missachtet und zu Unrecht einen Rechtsmissbrauch angenommen habe. Damit habe sie im Nachgang zum Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts ihre Befugnis bei der Neu beurteilung überschritten, welche nur die regelmässige Beschäftigung des Beschwerdeführers betroffen habe.

3.1. Nach einem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts sind sowohl dieses selbst als auch die kantonalen Instanzen an die rechtliche Beurteilung, mit der die Rückweisung begründet wurde, gebunden. Wegen dieser Bindung der Gerichte ist es ihnen wie auch den Parteien, abgesehen von allenfalls zulässigen Noven, verwehrt, der Beurteilung des Rechtsstreits einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden waren (BGE 143 IV 214 E. 5.3.3; 135 III 334 E. 2 und 2.1; Urteil 4A_72/2021 vom 28. September 2021 E. 5).

3.2.

3.2.1. In seinem Rückweisungsentscheid vom 15. April 2020 (Urteil 4A_619/2019) hat das Bundesgericht auf die Rechtsprechung zur Abgeltung von Ferienansprüchen (Art. 329d Abs. 2 i.V.m. Art. 361 OR) verwiesen. Demnach können Ferienansprüche ausnahmsweise mit dem laufenden Lohn abgegolten werden, wenn es sich 1. um eine unregelmässige Beschäftigung handelt, 2. der für die Ferien bestimmte Lohnanteil klar und ausdrücklich im schriftlichen Arbeitsvertrag ausgeschieden und 3. in den einzelnen schriftlichen Lohnabrechnungen der für die Ferien bestimmte Lohnanteil in diesem Sinne ausgewiesen wird (BGE 129 III 493 E. 3.2 f.). Das Bundesgericht erwog, die Vorinstanz habe ausser Acht gelassen, dass eine unregelmässige Beschäftigung zufolge des (zwei Wochen nach BGE 129 III 493 ergangenen) Urteils 4C.90/2003 vom 7. Juli 2003 auch bei einer Vollzeitstellung möglich sei. Die Vorinstanz hätte sich mit der Argumentation der Erstinstanz zum Vorliegen einer unregelmässigen Beschäftigung auseinandersetzen müssen und diese nicht unter Hinweis auf die Vollzeitbeschäftigung des Beschwerdeführers von vornherein verneinen dürfen. Die Erstinstanz hatte eine unregelmässige Beschäftigung bejaht, da bei 35 von 56 analysierten Lohnabrechnungen eine Differenz von 10% oder mehr (bis 25%) zum Vormonat bestanden hatte.

Im vorerwähnten Urteil 4C.90/2003 kam das Bundesgericht zum Schluss, dass von der Arbeitgeberin im konkreten Fall aufgrund der unterschiedlichen, monatlich zu planenden Einsatzzeiten der Arbeitnehmerin als Nachwächterin nicht erwartet werden könne, den auf die Ferien entfallenden Lohnanteil der Arbeitnehmerin während des ganzen Jahres fortlaufend zu berechnen oder eine komplizierte jährliche Abrechnung vorzunehmen. Daher sei die Vergütung der Ferienansprüche mit dem laufenden Lohn ausnahmsweise zulässig (Urteil 4C.90/2003 vom 7. Juli 2003 E. 2.4.3; vgl. auch den Rückweisungsentscheid 4A_619/2019 vom 15. April 2020 E. 3.4).

3.2.2. Gegenstand des Rückweisungsentscheids und damit der Bindungswirkung unterworfen (oben E. 3.1) war nach dem Gesagten einzig die Frage, ob in casu trotz eines Vollzeitpensums des Beschwerdeführers eine unregelmässige Beschäftigung vorliegt. Die Vorinstanz verwies diesbezüglich in tatsächlicher Hinsicht auf die vorerwähnten Erwägungen des Erstgerichts, liess die Frage der unregelmässigen Beschäftigung aber wiederum offen. Sie erwog, darauf komme es nicht an, da keine unüberwindbaren Schwierigkeiten bei der Berechnung des auf die Ferien entfallenden Lohnes vorgelegen hätten. Der dem getätigten Arbeitspensum entsprechende, für die Ferien bestimmten Lohnanteil sei in jeder monatlichen Lohnabrechnung klar und deutlich ausgewiesen worden; ein schriftlicher Arbeitsvertrag habe nicht bestanden. Zudem sei unbestritten, dass der Beschwerdeführer seine Ferien in natura tatsächlich bezogen habe. Es wäre der Beschwerdegegnerin somit ein Leichtes gewesen, den Anteil des Ferienlohns am Gesamtlohn zwar jeden Monat separat zu berechnen, ihn jedoch nicht in bar mit jedem Monatslohn auszuzahlen, sondern auf einem buchhalterischen Ferienkonto gutzuschreiben und beim effektiven Ferienbezug auszurichten. Unter diesen Umständen sei davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin grundsätzlich zur Nachzahlung des entsprechenden Ferienlohns verpflichtet geblieben sei.

Jedoch erscheine die erneute Einforderung des Ferienlohns durch den Beschwerdeführer als rechtsmissbräuchlich angesichts der Tatsache, dass er die Ferien nachweislich bezogen habe und der Ferienlohn unbestrittenermassen monatlich auf den Lohnausweisen jeweils separat ausgewiesen worden sei. Unter diesen Umständen habe vom Beschwerdeführer erwartet werden können, den Ferienlohn aufgrund der Lohnausweise selber auszuscheiden und für die tatsächlichen Ferienzeiten, in denen er keine oder weniger Lohnauszahlungen erhalten würde, beiseite zu legen. Unter diesen Vorgaben sei davon auszugehen, dass die monatlichen Auszahlungen des Ferienlohns den Anspruch darauf bereits getilgt hätten bzw. dass der anstehende Anspruch mit den monatlichen Auszahlungen verrechnet werden könne.

3.3.

3.3.1. Die vorinstanzlichen Erwägungen überzeugen nicht. Wollte man ihrer Argumentation folgen, dann hiesse dies, dass es für die Zulässigkeit der Vergütung von Ferienansprüchen mit dem laufenden Lohn - mithin die Gewährung einer Ausnahme vom Grundsatz gemäss Art. 329d Abs. 2 OR - nur darauf ankäme, ob die Vergütung in Arbeitsvertrag und Lohnabrechnung ausgewiesen und tatsächlich geleistet wurde. Damit aber würde die dritte Voraussetzung gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach eine unregelmässige Beschäftigung vorliegen muss, welche es dem Arbeitgeber in unzumutbarer Weise erschwert, den jeweiligen Ferienanspruch über das Jahr fortlaufend zu berechnen oder ihn zwingt, eine komplizierte jährliche Abrechnung vorzunehmen, ihres Inhaltes entleert. Die Vorinstanz hat diese Voraussetzung und damit einen Anwendungsfall für die ausnahmsweise Vergütung von Ferienansprüchen mit dem laufenden Lohn zudem verneint, indem sie ausführte, von unüberwindbaren Schwierigkeiten bei der Berechnung des auf die Ferien entfallenden Lohnes könne keine Rede sein.

Ausserdem wäre es, so die Vorinstanz, der Beschwerdegegnerin ein Leichtes gewesen, den Anteil des Ferienlohns am Gesamtlohn zwar jeden Monat separat zu berechnen und auszuweisen, ihn jedoch nicht bar mit jedem Monatslohn auszuzahlen, sondern auf einem buchhalterischen Ferienkonto gutzuschreiben und beim effektiven Ferienbezug auszurichten. Damit wäre auch der in der Lehre teilweise geäusserten Gefahr vorgebeugt worden, dass dem Arbeitnehmer bei der Vergütung des

Ferienanspruchs mit dem laufenden Lohn der entsprechende Betrag beim Bezug der Ferien durch vorzeitigen Verbrauch nicht mehr zur Verfügung stehen und damit der Ferienzweck vereitelt werden könnte (vgl. BGE 129 III 493 E. 3.2 mit Hinweisen auf AUBERT, *Le droit des vacances: quelques problèmes pratiques*, in: *Le droit du travail en pratique*, Zürich 1990, S. 117 ff.; STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 5. Aufl., Zürich 1992, N. 9 zu Art. 329d OR; ERIC CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, Diss. Lausanne 2001, S. 209 ff.; VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, in: *Schweizerisches Privatrecht*, Bd. VII/1, III, S. 90; so auch Urteil 4A_300/2007 vom 6. Mai 2008 E. 3.2.4.1).

Zwar hat das Bundesgericht in seinem Leitentscheid BGE 129 III 493 die Frage offen gelassen, ob an der Möglichkeit einer Abgeltung des Feriengeldes im laufenden Lohn festgehalten werden kann. Es hat aber immerhin zum Ausdruck gebracht, dass diese Möglichkeit " mit Blick auf den an sich klaren Wortlaut des Gesetzes (Art. 329d Abs. 2 OR) und die in der Tat kaum jemals unüberwindbaren Schwierigkeiten bei der Berechnung des auf die Ferien entfallenden Lohnes" die Ausnahme bleiben muss, zumal es sich um eine absolut zwingende Norm handelt (BGE 129 III 493 E. 3.1 und E. 3.3; vgl. auch Urteil 4A_72/2018 vom 6. August 2018 E. 4.4.1). Art. 329d Abs. 2 OR will verhindern, dass der Arbeitnehmer während den Ferien lohnmässig schlechter gestellt wird, als wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte. Dies war aber nach den vorinstanzlichen Feststellungen vorliegend der Fall.

Die Vorinstanz verhält sich zudem widersprüchlich, wenn sie von der Beschwerdegegnerin - zumindest implizit - verlangt, die Ferien einem buchhalterischen Konto gutzuschreiben, dann aber dem Beschwerdeführer vorhält, er hätte den Lohn zur Seite legen können. Wie sich aus der Rechtsprechung und dem absolut zwingenden Charakter von Art. 329d Abs. 2 OR ergibt, dient die Norm gerade dem Schutz des Arbeitnehmers und der Gewährleistung eines gleich bleibenden Einkommens während den Ferien. Wenn, was die Vorinstanz annimmt, die Vergütung der Ferien mit dem laufenden Lohn unzulässig war und die Beschwerdegegnerin grundsätzlich zur Nachzahlung des entsprechenden Ferienlohns verpflichtet blieb (Urteil S. 4), dann kann auch nicht gesagt werden, der Beschwerdeführer verhalte sich rechtsmissbräuchlich, wenn er den ihm zustehenden Lohn verlangt. Daran ändert nichts, dass ihm der entsprechende Lohnanteil monatlich ausgerichtet wurde, zumal es, wie die Vorinstanz selbst annimmt, an der Beschwerdegegnerin gewesen wäre, den auf die Ferien entfallenden Lohnanteil einem buchhalterischen Konto gutzuschreiben oder zurückzubehalten und mit dem effektiven Ferienbezug auszurichten. Damit hätte aber die Beschwerdegegnerin auch die Folgen dieser Unterlassung zu tragen, mithin die Gefahr, den auf die Ferien entfallenden Lohnanteil doppelt bezahlen zu müssen.

3.3.2. Auf eine neuerliche Rückweisung der Sache an die Vorinstanz kann indes verzichtet werden, zumal dies einen unnötigen Leerlauf bedeuten würde. Ob die Tätigkeit des Beschwerdeführers als unregelmässig zu qualifizieren ist, stellt eine Rechtsfrage dar, die das Bundesgericht frei prüft. Demgegenüber prüft es Tatfragen nur unter Willkürgesichtspunkten (oben E. 2.2). Nachdem die Vorinstanz insoweit auf die Erwägungen des Erstgerichts verweist und Willkür nicht ersichtlich oder hinreichend dargetan ist, steht für das Bundesgericht verbindlich fest, dass bei 35 von 56 analysierten Lohnabrechnungen des Beschwerdeführers eine Differenz von 10% oder mehr (bis 25%) zum Vormonat bestanden hatte. Unter diesen Umständen ist ohne Verletzung von Bundesrecht mit dem Erstgericht von einer unregelmässigen Tätigkeit auszugehen.

Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, ändert nichts. Dies gilt namentlich, wenn er geltend macht, dass er mehrfach eine Festanstellung im Monatslohn mit Anspruch auf einen 13. Monatslohn gewünscht habe, was ihm aber verweigert worden sei. Es ist nicht zu prüfen, wie die Rechtslage wäre, wenn der Beschwerdeführer so angestellt gewesen wäre, wie er es sich wünschte, sondern, wie die aktuelle Anstellung rechtlich zu würdigen ist. Die vom Beschwerdeführer als Grund für die unregelmässigen Arbeitszeiten angeführten Sondereinsätze während den Festtagen - vor Weihnachten bis Mitte Januar - sowie aufgrund des Ferienbezugs im Sommer - Juli bis Mitte August - vermögen die erhebliche Einsatzzeitdifferenz bei deutlich mehr als der Hälfte aller anktenkundigen Lohnabrechnungen zudem nicht schlüssig zu erklären.

4.

Die Beschwerde ist abzuweisen. Ausgangsgemäss hat der Beschwerdeführer die Gerichtskosten zu tragen und der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Der Beschwerdeführer trägt die Gerichtskosten von Fr. 2'000.--.

3.

Der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht Freiburg, II. Zivilappellationshof, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 30. März 2022

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Hohl

Der Gerichtsschreiber: Matt