

Zulässiger Lohnabzug am Jahresende wegen aufgelaufener Minusstunden? Missbräuchliche Kündigung wegen fehlender Suche nach anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeiten?

Besprechung des Urteils des Bundesgerichts vom 2. Dezember 2008, I. zivilrechtliche Abteilung, Beschwerde in Zivilsachen (4A_291/2008)

RA lic. iur. Thomas Pietruszak, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

I. Zusammenfassung des Entscheids

Der Beschwerdeführer war seit September 2003 bei der Beschwerdegegnerin zu einem fixen Monatslohn von zuletzt rund CHF 4460 angestellt. Am 30. November 2005 kündigte die Beschwerdegegnerin den Arbeitsvertrag ordentlich auf den 31. Januar 2006, weil der Beschwerdeführer seinen Vater zu einem «grob ungebührlichen Verhalten» gegenüber ihrem Geschäftsführer provoziert und sich in der Folge nicht vom Verhalten des Vaters distanziert hatte. Die Beschwerdegegnerin nahm anschliessend beim Dezember- und Januar-Lohn sowie beim 13. Monatslohn Abzüge von insgesamt CHF 5979 vor, und zwar für rund 222 Minusstunden, welche die Arbeitszeiterfassung des Beschwerdeführers für das Jahr 2005 aufwies. Ausserdem hatte der Beschwerdeführer mehr Ferien bezogen, als ihm zustanden.

Mit seiner Klage fordert der Beschwerdeführer den noch nicht ausgerichteten Dezember-, Januar- und 13. Monatslohn. Er ist der Ansicht, die Be-

schwerdegegnerin sei aufgrund von Art. 324 OR und den daraus sich ergebenden Regeln über die Tragung des Betriebsrisikos nicht befugt gewesen, nachträglich einen Lohnabzug für die Minusstunden vorzunehmen. Weiter fordert er eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung. Für die Missbräuchlichkeit macht er geltend, die Kündigung sei wegen des Fehlverhaltens eines Familienmitglieds ausgesprochen worden.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde vollumfänglich ab. Es stellt zunächst klar, dass es genau besehen nicht um die eingeklagten Lohnforderungen für geleistete Arbeitsstunden geht, sondern um die Rückforderung von Lohn, welche die Arbeitgeberin aufgrund von Minusstunden aus früheren Monaten verrechnungsweise geltend macht (Erw. 3.1). Ob diese Rückforderung berechtigt ist, prüft das Bundesgericht anhand des Grundsatzes «kein Lohn ohne Arbeit» (Art. 119 Abs. 2 OR) und den gesetzlichen Ausnahmen von Art. 324 und 324a OR. Gemäss diesen Regelungen sei entscheidend, in wessen Risiko

die Ursache fällt, die zu den Minusstunden geführt hat: Ist die Arbeitsleistung aufgrund eines Ereignisses unmöglich geworden, das in den Risikobereich des Arbeitgebers fällt, so ist dieser nach Art. 324 OR lohnfortzahlungspflichtig. Liegt hingegen der Ausfall der Arbeitsleistung im Risikobereich des Arbeitnehmers, so gilt der Grundsatz «kein Lohn ohne Arbeit», soweit nicht eine Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR gegeben ist (Erw. 3.2).

In tatsächlicher Hinsicht hält es das Bundesgericht für erwiesen, dass der Beschwerdeführer die Minusstunden zu vertreten hat. Es folgert dies, wie bereits die Vorinstanz, aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführer regelmässig die Lohnabrechnungen wie auch die Ferienkontrolle per Juni 2005 erhalten und gegen die darin aufgeführten Minusstunden nie protestiert hat. Die Vorinstanz nahm dabei an, der Beschwerdeführer hätte protestiert, wenn die Abrechnungen nicht zutreffend gewesen wären, was das Bundesgericht als verbindliche Beweiswürdigung qualifiziert. Das Bundesgericht heisst daher die verrechnungsweise Rückforderung des dafür ausbezahlten Lohns gut und weist die Lohnforderung des Beschwerdeführers entsprechend ab (Erw. 3.4).

Die Forderung wegen missbräuchlicher Kündigung weist das Bundesgericht ebenfalls ab. Es hält fest, die Vorinstanz habe willkürfrei und damit verbindlich festgestellt, dass dem Beschwerdeführer gekündigt wurde, weil er seinen Vater mit falschen Informationen versorgt, gegen den Geschäftsführer aufgehetzt und sich in der Folge von den groben Ungebührlichkeiten seines Vaters nicht distanziert hatte. Dem Beschwerdeführer sei daher nicht – wie dieser geltend macht – aufgrund des Fehlverhaltens seines Vaters gekündigt worden, sondern aufgrund seines eigenen Fehlverhaltens. Das Institut der Kündigung sei somit nicht zweckwidrig eingesetzt worden, weshalb sich die erfolgte Kündigung nicht als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR erweise (Erw. 4.4).

II. Bemerkungen

1. Lohnabzug für Minusstunden?

Die Frage, ob für Minusstunden ein Lohnabzug gemacht werden darf, stellt sich in der Praxis oft. Die Antwort hängt zum einen davon ab, ob für die Minus-

stunden überhaupt eine Lohn(fort)zahlungspflicht besteht, zum andern davon, wann der Lohnabzug erfolgen soll.

Nach dem vorliegenden Entscheid entfällt die Lohnzahlungspflicht, soweit der Arbeitnehmer weniger Stunden geleistet hat, als er gemäss der vertraglichen Vereinbarung hätte leisten müssen, und diese Minderleistung weder in den Risikobereich des Arbeitgebers fällt noch eine Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR besteht. Das Bundesgericht leitet dies schlüssig aus dem Grundsatz «kein Lohn ohne Arbeit» (Art. 82, 119 Abs. 2 OR) und den gesetzlichen Ausnahmen von Art. 324 und 324a OR her (Erw. 3.2). In dieselbe Richtung gehen kantonale Entscheide, die eine Lohnzahlungspflicht bejahen für Minusstunden, die Folge eines saisonal unterschiedlichen Arbeitsanfalls waren und folglich zum Betriebsrisiko gehören (KantGer GR, JAR 2006, 475, 484; OGer BL, JAR 1999, 161 f.).

Ist nach diesen Regeln ein Lohnabzug zulässig, so stellt sich die Frage, ob dieser am Ende der Abrechnungsperiode, in welcher der Arbeitnehmer zu wenig gearbeitet hat, vorgenommen werden muss oder ob dies auch noch in einem späteren Zeitpunkt zulässig ist. Auszugehen ist vom Grundsatz, dass sich Lohnzahlung und Arbeitsleistung in einem Austauschverhältnis pro Abrechnungsperiode gegenüberstehen und nicht der Lohn für einen und die Arbeit für einen anderen Zeitabschnitt (ArbGer Zürich, Entscheide 2001 Nr. 2). Innerhalb derselben Abrechnungsperiode kann die Lohnzahlung gestützt auf Art. 82 und Art. 119 Abs. 2 OR (Verlust der Forderung) entsprechend der Minderleistung verweigert werden. Genau besehen handelt es sich hierbei nicht um einen Lohnabzug, da der Arbeitnehmer für die geleistete Arbeit voll entlohnt wird. Soll hingegen der Lohnabzug erst in einem späteren Zeitpunkt erfolgen, so ist Art. 82 OR nicht mehr anwendbar (ArbGer Zürich, a.a.O.). Hingegen hat der Arbeitgeber für den in einer früheren Abrechnungsperiode zu viel bezahlten Lohn gestützt auf Art. 119 Abs. 2 OR einen bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch, den er mit späteren Lohnforderungen verrechnen kann (zur Diskussion, ob dieser Rückforderungsanspruch entgegen dem klaren Wortlaut von Art. 119 Abs. 2 OR als vertraglicher Anspruch zu qualifizieren ist, siehe *Wiegand*, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 119 N 18 m.w.Nw.). Davon ist wohl auch das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid ausgegan-

gen (Erw. 3.1). Mit Bezug auf diesen Rückforderungsanspruch ist allerdings Folgendes zu beachten:

Zum einen stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber den Rückforderungsanspruch nicht verwirkt, wenn er in Kenntnis der Minusstunden am Ende der Abrechnungsperiode den vollen Lohn vorbehaltlos ausbezahlt. Die Situation ist vergleichbar mit derjenigen der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegenüber dem Arbeitnehmer. Nach einer verbreiteten, aber abzulehnenden Auffassung verwirkt der Arbeitgeber Schadenersatzansprüche, wenn er in Kenntnis der Ersatzforderung dem Arbeitnehmer den Lohn vorbehaltlos und vollumfänglich weiterzahlt (*Vischer*, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl. Basel/Genf/München 2005, 195 m.w.Nw.; zur Kritik s. *Portmann*, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 321e N 23). Es spricht einiges dafür, die beiden vergleichbaren Situationen rechtlich gleich zu behandeln. Erstaunlicherweise wird die Frage der Anspruchsverwirkung im vorliegenden Urteil nicht thematisiert, möglicherweise mangels einer entsprechenden Rüge des Beschwerdeführers.

Zum andern ist die Verrechnung mit Lohnforderungen nur bis zur pfändbaren Lohnquote zulässig (Art. 323b Abs. 2 OR). Diese Einschränkung spielt im vorliegenden Urteil ebenfalls keine Rolle, da der Beschwerdeführer diese Rüge erstmals vor Bundesgericht und damit prozessual verspätet erhoben hat (Erw. 1.3). Das unzulässige Novum ist dabei nicht die rechtliche Argumentation, sondern die damit verbundene tatsächliche Behauptung des Eingriffs in das Existenzminimum. Das Bundesgericht hält zu Recht fest, der Beschwerdeführer hätte diesen Einwand bereits vor den Vorinstanzen erheben können und müssen.

Insgesamt überzeugt es allerdings nicht, dass das Bundesgericht im vorliegenden Urteil die verrechnungsweise geltend gemachte Lohnrückforderung gutheisst. Gemäss den bundesgerichtlichen Ausführungen haben die kantonalen Instanzen gestützt auf die Arbeitszeitkontrollen der Beschwerdegegnerin und den Umstand, dass der Beschwerdeführer nicht gegen die Lohnabrechnungen und die darin aufgeführten Minusstunden protestiert hatte, festgestellt, dass eine Minderleistung vorliegt und der Beschwerdeführer diese verursacht hat (Erw. 3.4). Anscheinend wurde allein aus dem fehlenden Protest der Beschwerdeführers gegen die Lohnabrechnungen geschlossen, dass die Minusstunden in seine Risiko-

sphäre fielen. Dem kann nicht gefolgt werden. Nachdem der Beschwerdeführer trotz der Minusstunden jeweils den vollen Lohn ausbezahlt erhielt, dürfte er kaum Anlass gehabt haben, gegen die in den Lohnabrechnungen aufgeführten Minusstunden zu protestieren. Zudem kann einem Arbeitnehmer unterlassener Protest ohnehin nur mit grosser Zurückhaltung entgegengehalten werden, nicht zuletzt wegen des Verzichtverbots (Art. 341 Abs. 1 OR).

Es ist unbefriedigend, dass das Bundesgericht die (unhaltbare) Würdigung des fehlenden Protests nicht hinterfragt und diskutiert. Gestützt auf die Angaben im Urteil wäre zu erwarten gewesen, dass die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird zur Feststellung, wer die Minusstunden zu vertreten hat. Im Ergebnis kann die Haltung des Bundesgerichts jedenfalls nicht nachvollzogen werden, da im Entscheid nähere Anhaltspunkte zum Sachverhalt, namentlich zum vereinbarten Arbeitszeitmodell, zu den rechtlichen Überlegungen und zu allfälligen unterlassenen Rügen des Beschwerdeführers fehlen.

Im vorliegenden Urteil werden somit wesentliche Fragen nicht thematisiert, und es fehlen zentrale Angaben. Die Frage, ob der Arbeitgeber eine Rückforderung für Minusstunden aus früheren Abrechnungsperioden mit laufenden Lohnzahlungen verrechnen darf, wenn er die Minusstunden in den monatlichen Lohnabrechnungen aufführt, wird daher nicht in allgemeiner Form, sondern nur mit Bezug auf den konkreten Fall beantwortet.

Eine ähnliche Problematik beschlägt die (im vorliegenden Urteil nicht zur Debatte stehende) Frage, ob der Arbeitgeber den Ferienlohn zurückfordern kann, wenn der Arbeitnehmer zu viele Ferien bezogen hat. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung verneinen hier grundsätzlich ein Rückforderungsrecht mit der Begründung, der Arbeitnehmer sei durch die Ferien vermögensmässig nicht bereichert; in besonderen Fällen wird es ausnahmsweise bejaht, wenn entweder eine ausdrückliche oder stillschweigende Abrede der Rückforderbarkeit vorliegt oder bei treuwidrigem Verhalten des Arbeitnehmers (ausführlich dazu *Streiff/von Kaenel*, Der Arbeitsvertrag, 6. Aufl. Zürich 2006, Art. 329a N 9; *Portmann*, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 329d N 6 ff.; OGER LU, JAR 2002, 224, 225 f. je m.w.Nw.). Diese Betrachtungsweise erscheint unnötig kompliziert. Zu viel bezogene Ferien haben zur Folge, dass der

Arbeitnehmer zu wenig Arbeit geleistet hat. Die Frage muss deshalb lauten, ob der Arbeitnehmer für diese zu wenig geleistete Arbeit einen Lohnanspruch hat. Die Antwort ergibt sich aus den vorgenannten Grundsätzen: Entscheidend ist, wer den übermäßigen vorzeitigen Ferienbezug (und damit den entsprechenden Ausfall der Arbeit) zu vertreten hat. Erfolgt der Ferienbezug auf Wunsch des Arbeitnehmers, so fällt er in dessen Risikobereich. Für die entsprechend zu wenig geleistete Arbeit gilt dann der Grundsatz «kein Lohn ohne Arbeit». Wurden die Ferien hingegen vom Arbeitgeber veranlasst, so hat dieser die dadurch ausgefallene Arbeit zu vertreten, weshalb der Lohn nach Art. 324 Abs. 1 OR geschuldet bleibt. Die Unterstellung einer stillschweigenden Rückzahlungsvereinbarung erübrigt sich.

2. Missbräuchliche Kündigung wegen fehlender Suche nach alternativer Beschäftigungsmöglichkeit?

Mit Bezug auf den Vorwurf der missbräuchlichen Kündigung gibt der vorliegende Fall an sich wenig her. Wie die Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich festgestellt hat, wurde dem Beschwerdeführer gekündigt, weil er seinen Vater mit falschen Informationen versorgt, gegen den Geschäftsführer aufgehetzt und sich in der Folge von den groben Ungebührlichkeiten seines Vaters nicht distanziert hatte. Dass eine Kündigung, die wegen eines derartigen eigenen Fehlverhaltens des Arbeitnehmers ausgesprochen wird, nicht missbräuchlich ist, braucht nicht diskutiert zu werden.

Gleichwohl sieht sich das Bundesgericht in Erwägung 4.3 zu eher exkursorischen Ausführungen über Fälle einer missbräuchlichen Kündigung veranlasst. In diesem Zusammenhang greift es – ohne ersichtlichen Bezug zur vorliegenden Streitsache – erneut die Frage auf, ob der Arbeitgeber einen älteren Arbeitnehmer, der den technischen Anforderungen seines Berufes nicht mehr gewachsen ist, ohne Weiteres entlassen darf oder ob er zuerst klären muss, ob er ihn auf andere Weise im Unternehmen beschäftigen kann. Die einschlägige Passage lautet wie folgt (Erw. 4.3 a.E.):

«Grundsätzlich als nicht missbräuchlich kann eine Kündigung qualifiziert werden, wenn sie ausgesprochen wird, weil ein Arbeitnehmer zu langsam arbeitet, obgleich dies Ausfluss seiner Persönlichkeit ist

(Urteil 4A_419/2007 vom 29. Januar 2008 E. 2.2). Anders verhält es sich aber, wenn in der Kündigung eine Diskriminierung wegen des Alters oder wegen einer Krankheit aufscheint (BGE 130 III 699 E. 4.1 S. 702; 127 III 86 E. 2a S. 88). Das führt zu heiklen Abgrenzungen. Namentlich wenn ein älterer Arbeitnehmer nicht mehr den technischen Anforderungen seines Berufes gewachsen ist, fragt sich, ob der Arbeitgeber ihn ohne weiteres entlassen darf oder ob er zuerst klären muss, ob er ihn auf andere Weise im Unternehmen beschäftigen kann. In einem kürzlich ergangenen Urteil hatte das Bundesgericht geprüft, ob die Feststellung, eine solche Möglichkeit habe nicht bestanden, im konkreten Fall willkürlich sei (Urteil 4A_72/2008 vom 2. April 2008 E. 3 und 4).»

In einer Besprechung des Entscheids 4A_72/2008 wurde angemerkt, im Ergebnis dürfe aus dem Entscheid nicht gefolgert werden, dass eine Arbeitgeberin vor Aussprechen einer wirtschaftlich bedingten Kündigung allfällige Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten prüfen muss, um zu verhindern, dass die Kündigung als missbräuchlich qualifiziert wird (*Blesi, Ist eine Kündigung des Arbeitsvertrags nach 33 Dienstjahren missbräuchlich?*, in: Push-Service Entscheide, publiziert am 23. Mai 2008, Rz. 7). Dem scheint das Bundesgericht im vorliegenden Urteil zu widersprechen, indem es unmittelbar im Anschluss an die zitierte Passage anmerkt:

«Eine solche Prüfung wäre überflüssig gewesen, wenn es auf das Suchen einer anderen Beschäftigungsmöglichkeit gar nicht angekommen wäre.»

Dem Bundesgericht scheint es mit dem Erfordernis der Prüfung anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeit also ernst zu sein. Sein Versuch, dieses aus seiner bisherigen Rechtsprechung herzuleiten, hält einer näheren Prüfung allerdings nicht stand.

Das Bundesgericht erweckt den Anschein, als stünden das Urteil 4A_419/2007 auf der einen Seite und die Entscheide BGE 130 III 699, 702 und 127 III 86, 88 auf der anderen Seite in einem gewissen Spannungsverhältnis zueinander, das zu «heiklen Abgrenzungen» führt. Tatsache ist jedoch, dass auch nach BGE 130 III 699, 702 und 127 III 86, 88 eine Kündigung wegen des Alters oder wegen einer Krankheit keineswegs per se missbräuchlich ist, wie die zitierte Passage vorgibt. Missbräuchlichkeit liegt nur dann vor, wenn dieser Grund «n'ait pas de lien avec le rap-

port de travail ou ne porte pas sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise», wie in diesen Urteilen ausdrücklich und mit Blick auf Art. 336 Abs. 1 lit. a OR auch zutreffend ausgeführt wird. Alle drei Entscheide bewegen sich damit auf derselben Linie, nämlich dass bei einer Beeinträchtigung der Arbeitsleistung immer ein Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis besteht, so dass eine deswegen ausgesprochene Kündigung nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR nicht missbräuchlich ist. Die angeblich heikle Abgrenzungsfrage stellt sich daher nicht.

Aus der bestehenden bundesgerichtlichen Praxis lässt sich ein Erfordernis der Prüfung anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeit daher nicht herleiten. Vielmehr würde damit der Grundsatz der Kündigungsfreiheit aufs Neue relativiert, und zwar im Widerspruch zum Wortlaut von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR. Ausserdem liessen sich kaum klare Leitlinien darüber aufstellen, wann und inwieweit eine anderweitige Beschäftigung geprüft werden müsste. Dass dies nicht nur mit Bezug auf das Alter des Arbeitnehmers zur Debatte stünde, sondern namentlich auch bei

Behinderungen und anderen Gebrechen, liegt auf der Hand. Der Nährboden für Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit Kündigungen würde damit weiter vergrössert. Für die meisten Arbeitgeber ist es eine Selbstverständlichkeit, dass bei Mitarbeitenden, die infolge Alters, Behinderung oder eines anderen Gebrechens den Anforderungen nicht mehr gewachsen sind, andere Beschäftigungsmöglichkeiten geprüft werden, bevor eine Kündigung ausgesprochen wird. Wer dies nicht macht, mag als unanständig gelten und sich dem Vorwurf mangelnder sozialer Verantwortung aussetzen. Nach bewährter bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügt aber ein bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdiges Verhalten des Arbeitgebers nicht, um die Kündigung als missbräuchlich erscheinen zu lassen, da es nicht Aufgabe der Rechtsordnung ist, bloss unanständiges Verhalten zu sanktionieren (BGE 132 III 115, 118 E. 2.3 m.w.Nw.). Es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht an diesem Grundsatz festhält und es beim Exkurs im vorliegenden Entscheid bewenden lässt.