



**4A\_619/2019**

**Urteil vom 15. April 2020**

**I. zivilrechtliche Abteilung**

Besetzung  
Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,  
Bundesrichterin Niquille,  
Bundesrichter Rüedi,  
Gerichtsschreiber Luczak.

Verfahrensbeteiligte  
A. \_\_\_\_\_ AG,  
vertreten durch Rechtsanwalt Joachim Lerf  
und Rechtsanwältin Simone Zurwerra, Beschwerdeführerin,

*gegen*

B. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Fürsprecher  
Gerhard Hauser-Schönbächler,  
Beschwerdegegner.

Gegenstand  
Forderung aus Arbeitsvertrag; Ferienlohn,

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Freiburg, II. Zivilappellationshof, vom 6. November 2019 (102 2019 159).

**Sachverhalt:**

**A.**  
B. \_\_\_\_\_ (Arbeitnehmer, Beschwerdegegner) arbeitete seit Oktober 2001 bei der A. \_\_\_\_\_ AG (Arbeitgeberin, Beschwerdeführerin) als Fahrer von Entsorgungsfahrzeugen für Siedlungsabfälle. Am 10. November 2017 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis fristlos.

**B.**  
Nach einer erfolglosen Schlichtungsverhandlung klagte der Arbeitnehmer beim Arbeitsgericht des Seebezirks. Er beantragte, die Arbeitgeberin habe ihm wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung Schadenersatz und eine Entschädigung zu leisten. Sodann forderte er einen Überzeitzuschlag von Fr. 4'251.45 brutto, Lohn ab dem 16. Oktober 2017, den er im schriftlichen Schlussvortrag auf Fr. 6'061.85 brutto bezifferte, und Ferienlohn von Fr. 31'836.95 brutto.

**B.a.** Mit Entscheid vom 6. Mai 2019 erklärte das Arbeitsgericht die fristlose Kündigung für rechters und verwarf die damit verbundenen Begehren des Arbeitnehmers. Hingegen verpflichtete es die Arbeitgeberin, dem Arbeitnehmer einen Überzeitzuschlag von Fr. 4'233.45 brutto und Lohn ab dem 16. Oktober 2017 von Fr. 4'510.55 netto zu bezahlen. Die Forderung auf Ferienlohn wies es ab.

**B.b.** Auf Berufung des Arbeitnehmers bestätigte das Kantonsgericht Freiburg am 6. November 2019 die Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung. Dagegen verpflichtete es die Arbeitgeberin in teilweiser Gutheissung der Berufung, dem Arbeitnehmer zusätzlich zum Überzeitzuschlag von Fr. 4'233.45 brutto und Lohn ab dem 16. Oktober 2017 von Fr. 4'510.55 netto auch Ferienlohn von Fr. 31'331.80 brutto zu

bezahlen.

### C.

Die Arbeitgeberin beantragt dem Bundesgericht mit Beschwerde in Zivilsachen, den Entscheid des Kantonsgerichts aufzuheben, die Berufung abzuweisen und den Entscheid des Arbeitsgerichts zu bestätigen. Zudem sei die Angelegenheit zur Neuverlegung der Kosten des kantonalen Verfahrens an das Obergericht zurückzuweisen.

Mit Präsidialverfügung vom 13. Februar 2020 wurde das Gesuch der Arbeitgeberin um aufschiebende Wirkung im Umfang der gestellten Begehren gutgeheissen.

In der Sache beantragt der Arbeitnehmer, die Beschwerde sei abzuweisen, während das Kantonsgericht auf eine Stellungnahme zur Beschwerde verzichtet.

### Erwägungen:

#### 1.

Da es sich um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit handelt, ist die Beschwerde zulässig, wenn der Streitwert mindestens Fr. 15'000.-- beträgt (Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG). Bei Beschwerden gegen Endentscheide bemisst sich der Streitwert nach den Begehren, die vor der Vorinstanz streitig geblieben waren (Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG). Die Streitwertgrenze wird deutlich überschritten. Auf die Beschwerde ist, unter Vorbehalt einer genügenden Begründung, einzutreten.

#### 2.

**2.1.** Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG; vgl. **BGE 140 III 86** E. 2 S. 88 f.; **134 II 235** E. 4.3.4 S. 241). Allerdings prüft es, unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungsanforderungen (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Die Beschwerde ist hinreichend zu begründen, andernfalls wird darauf nicht eingetreten. Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 BGG, 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 (vgl. (**BGE 140 III 86** E. 2 S. 88 f., 115 E. 2 S. 116).

**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 S. 17 f. 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 143 IV 241** E. 2.3.1 S. 244; **140 III 115** E. 2 S. 117, 264 E. 2.3 S. 266). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen (vgl. **BGE 140 III 16** E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Soweit die beschwerdeführende Partei den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (**BGE 140 III 86** E. 2 S. 90). 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 S. 18).

#### 3.

Vor Bundesgericht ist nur noch umstritten, ob die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner Ferienlohn von Fr. 31'331.80 brutto zu bezahlen hat.

**3.1.** Nach Art. 329d Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn zu entrichten. Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung bedeutet diese Bestimmung, dass der Arbeitnehmer während den Ferien lohnmassig nicht schlechter gestellt werden darf, als wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte (**BGE 136 III 283** E. 2.3.5 S. 287; **129 III 493** E. 3.1 S. 495; **118 II 136** E. 3b S. 137). Die Bestimmung ist relativ zwingend (Art. 362 Abs. 1 OR). Vereinbarungen, die den Arbeitnehmer schlechter stellen, sind nichtig (Art. 362 Abs. 2 OR). Die absolut zwingende Norm von Art. 329d Abs. 2 OR (Art. 361 OR) bestimmt zudem, dass die Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden dürfen (vgl. **BGE 136 III 94** E. 4.1; **129 III 493** E. 3.1 S. 495).

Da die Durchsetzung des Verbots der Abgeltung mit dem laufenden Lohn bei unregelmässigen Beschäftigungen Schwierigkeiten bereiten kann, hat das Bundesgericht die Abgeltung des Ferienlohns mit dem laufenden Lohn zunächst in Abweichung vom Gesetzestext bei unregelmässiger Beschäftigung ausnahmsweise zugelassen, dies aber an drei Voraussetzungen geknüpft: Erstens muss es sich um eine

unregelmässige Beschäftigung ("une activité irrégulière") handeln. Zweitens muss der für die Ferien bestimmte Lohnanteil klar und ausdrücklich ("clairement et expressément") ausgeschieden sein, sofern ein schriftlicher Arbeitsvertrag vorliegt. Drittens muss in den einzelnen schriftlichen Lohnabrechnungen der für die Ferien bestimmte Lohnanteil in diesem Sinne ausgewiesen werden. Der blosse Hinweis "Ferienlohn inbegriffen" genügt damit nicht. Erforderlich ist, dass der Ferienlohn durch Angabe eines bestimmten Betrags oder eines Prozentsatzes als solcher erscheint und zwar sowohl im Arbeitsvertrag als auch auf den einzelnen Lohnabrechnungen (zum Ganzen: **BGE 129 III 493** E. 3.2 f. S. 495 f., 664 E. 7.2 S. 672; vgl. auch Urteile 4A\_72/2018 vom 6. August 2018 E. 4.4.1; 4A\_561/2017 vom 19. März 2018 E. 3.1; je mit weiteren Hinweisen).

**3.2.** Die Vorinstanz stellte fest, die Beschwerdeführerin habe den Ferienlohn des Beschwerdegegners mit dem Monatslohn abgegolten. Habe er Ferien bezogen, sei sein Einkommen massiv gesunken. Seine Arbeit sei im Stundenlohn vergütet worden, wobei die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit 41,9 Stunden betragen habe. Dies ergebe bei 4 bzw. 6 jährlichen Ferienwochen eine durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von 45 bzw. 47 Stunden. Somit habe der Beschwerdegegner in einem Vollzeitpensum gearbeitet. Werde wie im vorliegenden Fall eine Vollzeitarbeit im Stundenlohn ausgeübt, könne gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht von unregelmässiger Arbeit gesprochen werden. Deshalb sei eine Abgeltung des Ferienlohns mit dem laufenden Lohn von vornherein unzulässig. Unter Berücksichtigung der Verjährung habe die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner von Februar 2013 bis November 2017 den Ferienlohn zu ersetzen. Das entrichtete Feriengeld von 8.33 % bis Dezember 2006, 10.64 % bis Dezember 2016 und 13.04 % ab Januar 2017 sei angemessen und daher für die Berechnung massgebend. Daraus resultiere ein Ferienlohn von Fr. 39'451.30. Verlangt habe der Beschwerdegegner lediglich Fr. 31'331.80 brutto, welcher Betrag ihm zuzusprechen sei.

**3.3.** Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 329d OR. Die Vorinstanz habe in tatsächlicher Hinsicht gar nicht geprüft, ob eine unregelmässige Beschäftigung vorliege. Vielmehr sei sie davon ausgegangen, dass bei einem Vollzeitpensum die Abgeltung des Ferienanspruchs mit dem laufenden Lohn ohnehin unzulässig sei.

**3.4.** Im Gegensatz zur ersten Instanz übergang die Vorinstanz das Urteil 4C.90/2003 vom 7. Juli 2003. Dieses fiel knapp zwei Wochen nach dem vielzitierten **BGE 129 III 493** und betraf eine Arbeitnehmerin, die ausdrücklich zu 100 % als Nachtwächterin angestellt war, wobei theoretisch vier Nachtwachen pro Woche einem Vollzeitpensum entsprachen. Das Bundesgericht wies darauf hin, man dürfe die praktischen Schwierigkeiten bei der Berechnung des Ferienlohns nicht aus den Augen verlieren. Diese Schwierigkeiten beständen nicht nur bei unregelmässigen Teilzeitbeschäftigungen, sondern auch bei der zu 100 % angestellten Arbeitnehmerin, die nicht regelmässig vier Nachtwachen übernimmt, sondern gelegentlich fünf oder mehr. Die Einsätze seien alle vier Wochen geplant worden, weshalb die Arbeitgeberin den jeweiligen Monatslohn der Nachtwächterin nur schwer habe voraussehen können. Deshalb habe man von der Arbeitgeberin nicht erwarten dürfen, dass sie das ganze Jahr über den Ferienlohn berechnet oder eine komplizierte jährliche Abrechnung vornimmt (zit. Urteil 4C.90/2003 E. 2.4.2 f.). Wie soeben dargelegt, hielt das Bundesgericht fest, eine unregelmässige Beschäftigung sei auch bei einer Vollzeitanstellung möglich. Dem zit. Urteil 4A\_561/2017 ist nichts anderes zu entnehmen. Ohnehin war die Frage für jenen Entscheid nicht wesentlich, da die Abgeltung des Ferienanspruchs mit dem laufenden Lohn dort unzulässig war, weil der für die Ferien bestimmte Lohnanteil im schriftlichen Arbeitsvertrag nicht ausgeschieden war (zit. Urteil 4A\_561/2017 E. 3.4).

Die Vorinstanz stellte fest, der Beschwerdegegner habe Vollzeit gearbeitet, und erwog, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung könne nicht von unregelmässiger Arbeit gesprochen werden, wenn eine Vollzeitarbeit im Stundenlohn ausgeübt werde. Nach dem Gesagten verletzte sie damit Bundesrecht.

**3.5.** Die erste Instanz hatte 56 Lohnabrechnungen von März 2013 bis Oktober 2017 analysiert. Dabei hatte sie Abwesenheiten des Beschwerdegegners wegen Ferien, Krankheit oder Unfall berücksichtigt und ermittelt, dass die Differenz zum Vormonat in lediglich 21 Lohnabrechnungen weniger als 10 % betragen hatte, bei 25 Lohnabrechnungen mehr als 10 % und bei 10 Lohnabrechnungen mehr als 25 %. Daraus hatte die erste Instanz geschlossen, dass eine unregelmässige Beschäftigung vorlag. Mit dieser Argumentation der ersten Instanz setzte sich die Vorinstanz nicht auseinander, weil sie von der bundesrechtswidrigen Prämisse ausging, eine Vollzeitanstellung sei stets regelmässig.

**3.6.** Die Rüge der Beschwerdeführerin ist begründet. Nicht mehr einzugehen ist bei diesem Ausgang auf die weitere Rüge der Beschwerdeführerin, wonach ein allfälliges Abgeltungsverbot nur für obligatorische Ferien gelten würde. Gleiches gilt für die Einreden der Tilgung und der Verrechnung.

#### **4.**

Die Beschwerde ist gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdegegner kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

#### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

##### **1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Das Urteil des Kantonsgerichts Freiburg, II. Zivilappellationshof, vom 6. November 2019 (102 2019 159) wird aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung an das Kantonsgericht zurückgewiesen.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdegegner auferlegt.

**3.**

Der Beschwerdegegner hat die Beschwerdeführerin 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, 15. April 2020

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Kiss

Der Gerichtsschreiber: Luczak