



## **Frühjahrssemester 2024: Übungen im Arbeitsrecht, Fall 2 «Ausser Spesen nichts gewesen»**

### **Lösungsskizze**

- Der Grundsachverhalt ist BGE 4A\_215/2018 vom 25.7.2017 nachgebildet.
- Das Bundesgericht hat die Forderung des Arbeitnehmers auf Übernahme der Fahrkosten auch während Krankheit bzw. Freistellung gutgeheissen. Es sei zwar nicht Sinn und Zweck der vertraglichen Spesenregelung, dem Arbeitnehmer die unlimitierte Nutzung des Geschäftsfahrzeugs unabhängig von seiner tatsächlichen Geschäftstätigkeit einzuräumen. Bei Benzinkosten von Fr. 710. – (entsprechend ca. Fr. 195. – pro Monat) könne jedoch nicht von einer gegen Treu und Glauben verstossenden Inanspruchnahme des Geschäftswagens für private Zwecke gesprochen werden. Infolgedessen habe die Arbeitgeberin gemäss der klaren Parteivereinbarung die Kosten zu übernehmen (E. 3.2). O hat also gute Chancen, dass ihm seine Spesenforderung zugesprochen wird.
- Für die einzelnen Aspekte wird auf das Urteil und die mündliche Besprechung verwiesen. Vgl. ferner Lehrbuch Portmann/Wildhaber/Rudolph, Rz 529–534.

#### *Variante 1*

- Die Frage, wem solche Flugmeilen arbeitsrechtlich zustehen, wurde – soweit ersichtlich – vom Bundesgericht noch nie entschieden. Berechtigten die Auslagen begründenden beruflichen Tätigkeiten (hier die Geschäftsreise) zu

Sondervergünstigungen wie z.B. Bonusmeilen bei Flugreisen, ist einleuchtend, dass sie vorbehaltlich einer abweichenden vertraglichen Abrede oder betrieblichen Übung demjenigen zukommen sollen, der die fraglichen Tätigkeiten finanziert, in casu also der S. AG (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 2 zu Art. 327a OR). Wenn allerdings eine Arbeitgeberin über längere Zeit toleriert, dass diese Meilen dem Arbeitnehmer gutgeschrieben werden, wird man daraus auf eine konkludente Zustimmung schliessen müssen. Sollte es sich vorliegend so verhalten haben, könnte O mit guten Gründen darauf beharren.

#### *Variante 2*

- Noch kaum diskutiert ist die Frage, ob bzw. in welchem Umfang die Arbeitgeberin Auslagenersatz schuldet, wenn der Arbeitnehmer wie im vorliegenden Beispiel über ein privat bezahltes Generalabonnement der SBB (oder ein vergleichbares Abonnement) verfügt und mit dem Zug eine Geschäftsreise tut. Der Wortlaut von Art. 327a Abs. 1 OR («durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen») spricht eher dafür, dass in einer solchen Konstellation kein Auslagenersatz geschuldet ist. Die Auslage, d.h. der Kauf des Abonnements, ist ja nicht bei bzw. als Folge der Ausführung der Arbeit angefallen, sondern schon zuvor als private Anschaffung des Arbeitnehmers. Gleichzeitig erscheint es stossend, dass der Arbeitnehmer seine privaten Aufwendungen entschädigungslos in den Dienst der Arbeitgeberin stellen muss. Eine Lösung bietet die Analogie zu Art. 327b Abs. 2 OR an, der bei Benutzung des privaten Fahrzeugs für Geschäftsfahrten auch eine Entschädigung für Abnutzung und Unterhalt des Fahrzeugs vorsieht. Darin lässt sich die gesetzgeberische Wertung erkennen, dass sich der Auslagenersatz nach Massgabe des Gebrauchs bestimmen soll. Überträgt man diesen Gedanken auf den Fall des Generalabonnements, müssten eigentlich die Anschaffungskosten für das Abonnement im Verhältnis von Privat- zu Geschäftsfahrten aufgeteilt werden, was aber zu einer völlig unpraktikablen Abrechnung führen würde. Aus diesem Grund scheint eine faire und praxistaugliche Lösung zu sein, wenn



dem Arbeitnehmer in Fällen geschäftlicher Reisen mit dem privaten Abonnement der Halbtaxtarif vergütet wird, und zwar entsprechend der im Unternehmen üblicherweise bei Geschäftsreisen benützten Reiseklasse. So profitiert einerseits die Arbeitgeberin, indem sie nur hälftigen Spesenersatz gegenüber dem vollen Preis leisten muss. Andererseits wird das stossende Ergebnis vermieden, dass die Arbeitgeberin auf Kosten des Arbeitnehmers von der Ersatzpflicht ganz befreit würde (in diesem Sinn Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 2 zu Art. 327a OR, mit weiteren Ausführungen zur verwandten Frage der Handhabung eines Halbtaxabonnements, wo eine Kostenbeteiligungspflicht des Arbeitgebers abgelehnt wird). Signalwirkung im Sinne der hier vertretenen Auffassung könnte BGE 4A\_533/2018 vom 23.4.2019 haben, in welchem das Bundesgericht unter Hinweis auf die vorstehende Literaturstelle einen Anspruch auf Auslagenersatz für Mietkosten zusprach, die dem Arbeitnehmer entstanden waren, weil ihm die im Bereich Treuhand/Buchhaltung/Steuern tätige Arbeitgeberin keinen dauernden und geeigneten Arbeitsplatz zur Verfügung stellen konnte, weshalb der Arbeitnehmer seine privat gemieteten Räume dafür benutzte.

### *Variante 3*

- O hat schlechte Karten. Offenbar stellt er sich auf den Standpunkt, dass es sich bei den Gleitzeitmehrstunden um Überstunden nach Art. 321c OR handelt, für welche das Gesetz entweder Zeitkompensation oder finanzielle Abgeltung mit einem Zuschlag von 25% vorsieht.
- Das Bundesgericht hat aber im Leitentscheid von BGE 123 III 469 entschieden, dass in Eigenverantwortung bzw. zeitsouverän geleistete Gleitzeitmehrstunden im Unterschied zu Überstunden besonderen Regeln unterstehen. Insbesondere obliegt es der Eigenverantwortung des Arbeitnehmers, dass solche Gleitzeitguthaben bis zum Ende der Kündigungsfrist abgebaut werden könnten, ansonsten sie entschädigungslos verfallen. Das wäre sogar so, wenn im Reglement die Verfallwirkung nicht – wie in casu – ausdrücklich vorgesehen wäre. Anders ist es dann, wenn die Kompensation wegen betrieblicher Bedürfnisse oder Weisungen der



Arbeitgeberin in der ausserhalb der Blockzeit zur Verfügung stehenden Gleitzeit nicht mehr möglich ist; dann wandelt sich ein positiver Gleitzeitsaldo in zuschlagspflichtige Überstunden (vgl. auch Praxiskommentar Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 4 zu Art. 321c OR; Lehrbuch Portmann/Wildhaber/Rudolph, Rz 159). Der Sachverhalt gibt aber keine Hinweise auf eine solche Sondersituation.

#### *Variante 4*

- Es stellt sich zunächst die Frage, ob der Ferienanspruch verjährt ist. Mit BGE 136 III 94 hat sich das Bundesgericht für die fünfjährige Verjährungsfrist nach Art. 128 Ziff. 3 OR entschieden (a.M. u.a. Lehrbuch Portmann/Wildhaber/Rudolph, Rz 645).
- Der Feriensaldo hat sich seit Anstellungsbeginn im Jahr 2010 angesammelt, sodass auf den ersten Blick tatsächlich ein Teil verjährt sein könnte.<sup>1</sup> Mit der jeweils monatlichen Bestätigung des Ferienanspruchs in der Lohnabrechnung fand allerdings laufend eine Novation bzw. Verjährungsunterbrechung statt, sodass die Verjährung nicht eintreten konnte. Dazu kommt, dass heute allgemein anerkannt ist, dass vertragliche Verfallklauseln keine vorzeitige Verjährung oder Verwirkung des Ferienanspruchs bewirken können (vgl. Praxiskommentar Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 4 zu Art. 329c OR).<sup>2</sup>
- Dennoch ist fraglich, ob O einen Abgeltungsanspruch durchsetzen kann. Gestützt auf seine Treuepflicht ist der Arbeitnehmer grundsätzlich verpflichtet, Ferienansprüche während einer Freistellung zu beziehen. Allerdings sind auch seine berechtigten Interessen zu berücksichtigen, etwa allfällige Stellensuchbemühungen. Nach der Gerichtspraxis kommt dem zahlenmässigen Verhältnis von Freistellungszeit und Feriensaldo besondere Bedeutung zu. Im vorliegenden Fall wurde O ab dem 18. November 2018 für

---

<sup>1</sup> Wobei bis heute nicht abschliessend geklärt ist, welche Ferien bei einem Ferienbezug bezogen werden: die ältesten oder die neusten? Je nach Beantwortung dieser Frage verändert sich der Befund bei der Verjährung.

<sup>2</sup> Ob es sich bei einem überobligatorischen Ferienguthaben anders verhält, wenn also die Arbeitgeberin mehr als die gesetzlichen Ferien nach Art. 329a OR versprochen hat, ist offen.



längere Zeit freigestellt (genau genommen nicht nur bis zum 31. Dezember 2018, dem ordentlichen Kündigungstermin, sondern noch deutlich länger, weil sich die Kündigungsfrist infolge der krankheitsbedingten Absenz noch länger erstreckt hat; vgl. Art. 336c OR). Damit ist davon auszugehen, dass es O möglich war, während dieser Zeit zehn Ferientage zu beziehen. Vgl. zum Ganzen und zur einschlägigen Gerichtspraxis Praxiskommentar Streiff/von Kaenel/Rudolph, N 11 zu Art. 329c OR.

- O muss also damit rechnen, dass er keinen Anspruch auf Ferienauszahlung hat.

#### *Variante 5*

- Ein erstes Argument von O könnte sein, dass er sich auf die nicht unumstrittene bundesgerichtliche Praxis beruft, wonach durch fortgesetzte, vorbehaltlose Ausrichtung einer Gratifikation bzw. eines Bonus ein Rechtsanspruch entstehen kann (statt vieler: BGE 129 III 276 E. 2). Dies ist aber in der Regel frühestens nach drei Ausrichtungen der Fall, während es in casu nur zwei waren. Infolgedessen wird sich O mit geringen Chancen auf diese Rechtsprechung berufen können. Vgl. dazu auch Lehrbuch Portmann/Wildhaber/Rudolph, Rz 296.
- Zweitens könnte sich O auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch berufen (meistens abgeleitet aus Art. 328 OR), der allerdings in der Schweiz – soweit es nicht um Geschlechtergleichstellungsfragen geht – eher schwach ausgeprägt ist. O müsste eine willkürliche, persönlichkeitsverletzende Schlechterstellung gegenüber der Mehrzahl der Angestellten nachweisen können. Das dürfte ihm schon deshalb schwerfallen, weil er ja nur Kenntnis davon hat, dass einzelnen Arbeitskollegen ein Bonus ausgerichtet wurde, nicht aber, dass das Gros aller Mitarbeitenden eine Zahlung erhalten hat. Auch hier sind die Chancen von O daher ungünstig, dass er einen Anspruch durchsetzen kann. Vgl. zur ganzen Thematik auch Lehrbuch Portmann/Wildhaber/Rudolph, Rz 294 und 423–425.

