

Anmerkung

zu BGE 4C.242/2005 Arrêt du 9 novembre 2005

von Martin Farner

Dafür, dass die Entgegennahme eines tieferen als des vereinbarten Lohns durch den Arbeitnehmer nach einer gewissen Zeit zu einer Vertragsänderung führt, kann das Bundesgericht mehrere Autoren und zahlreiche Gerichtsentscheide anführen¹

Wie gut begründet ist diese Lehrmeinung?

Im schweizerischen Recht bestimmt der Gläubiger innerhalb der Verjährungsfristen den Zeitpunkt, zu dem er seine Forderung geltend machen will. Die vom Bundesgericht befolgte Praxis führt zu einer wesentlich kürzeren Verwirkungsfrist.

Das Obligationenrecht lässt Verträge durch übereinstimmende Willenserklärung entstehen. Daneben gibt es auch Willensbekundungen, denen in gewissen Fällen ebenfalls die Qualität einer Zustimmungserklärung zukommen kann. Und schliesslich gibt es noch das Schweigen. Dieses ist zunächst als ein Nichts zu würdigen, ist keine Erklärung, keine Bekundung eines Willens. Die Fälle des beredten Schweigens sind selten. Viel häufiger wird in das Schweigen, die Nicht-Äusserung, der Inhalt hineininterpretiert, den man dann aus ihm wieder herausholen möchte. Diese Technik ist bei der Behandlung von Betrugsfällen besonders beliebt. Wer beispielsweise im Restaurant ein Essen bestellt, erklärt gemäss dem Basler Kommentar zu Art. 146 StGB, dass er zahlungsfähig und *n*willig sei². In Tat und Wahrheit erklärt der Gast natürlich gar nichts über seine Bonität. Der Wirt setzt diese einfach voraus. Bei den überschaubaren Beträgen eines Essens lohnt sich eine Bonitätsprüfung ja auch nicht. Die gleiche Überlegung (konkludente Erklärung des Zahlungswillens) hat man auch beim Buchen eines Hotelzimmers angewendet und so der *fehlenden* Erklärung darüber einen Erklärungs*inhalt* zugewiesen³. Dies hat beim Betrug dazu geführt, dass er unter dieser Annahme nicht durch Unterlassung, sondern durch Tätigkeit begangen wurde, was die Verurteilung erleichterte, weil die Garantenstellung des Täters nicht geprüft werden musste.

Im Arbeitsrecht ist eine zusätzliche Vorüberlegung wichtig: Das Arbeitsverhältnis ist nicht ein Vertragsverhältnis wie jedes andere, sondern auch ein Herrschaftsverhältnis. Daraus erklären sich die zahlreichen Schutzbestimmungen für den Arbeitnehmer. Daraus erklärt sich auch, warum die meisten Konflikte im Arbeitsverhältnis nach dessen Beendigung ausgetragen werden. Streit in ein laufendes Arbeitsverhältnis hineinzutragen ist ein Risiko für jeden Arbeitnehmer.

Diese drei Gesichtspunkte zeigen uns, dass eine fehlerhafte Vertragserfüllung gerade im Arbeitsrecht keineswegs eine rechtserzeugende Wirkung haben darf. Es gibt keinen Grund, die Verjährungsfristen zu verkürzen; das Schweigen bzw. die unterlassene Geltendmachung eines Anspruchs ist kein Verzicht auf diesen; und schliesslich gebietet auch das Herrschaftsgefälle im Arbeitsrecht, aus dem Schweigen des Arbeitnehmers nur mit Vorsicht auf die Preisgabe von bereits erworbenen Positionen zu schliessen.

¹ Die Gruppe der Gegner der bundesgerichtlichen Auffassung ist inzwischen allerdings gewachsen: vgl. Streiff/von Kaenel N 15 zu Art. 322 OR

² Arzt, N 37 zu Art. 146 StGB

³ Wer je in den USA ein Hotelzimmer gebucht hat, weiss, dass es auch anders geht. Dort ist die erste Frage beim Einchecken nämlich: How are you going to pay our bill? Wer die Antwort auf diese Frage schuldig bleibt, bekommt kein Zimmer.

Das Bundesgericht findet, die Gegner der These, dass dreimalige Entgegennahme einer zu tiefen Lohnzahlung eine neue Vereinbarung bewirkt, begründeten ihre Auffassung kaum. Wie steht es aber mit den Befürwortern? Rehbinder sagt dazu beispielsweise nur⁴:

Hat der Arbeitnehmer einen geringeren als den ursprünglich vereinbarten Lohn mehrmals (in der Regel dreimal) vorbehaltlos entgegengenommen, so spricht eine tatsächliche Vermutung für seine Zustimmung zum Lohnabbau (GewGer. ZH JAR 1980, S. 178 ff.; GewGer. ZH ZR 1969 Nr. 80; AppGer. BS ARV 1955 Nr. 27).

Warum das so sein soll, wird mit keinem Wort erläutert. Es ist mit Rücksicht auf die oben ausgeführten Argumente auch keineswegs plausibel.

Rehbinder zitiert u.a. das Gewerbegericht Zürich, welches in ZR 1969 Nr. 80 folgenden Fall entschieden hatte: Der Mitarbeiter sollte während der Probezeit einen Lohn von Fr. 1'100 erhalten, danach von Fr. 1'200. Die Arbeitgeberin zahlte nach der Probezeit aber weiterhin Fr. 1'100, weil ihrer Auffassung zufolge die Leistung des Mitarbeiters nicht ausreichend war. Das Gericht stellt zunächst fest, dass schriftlich fixierte Arbeitsverträge auch formlos geändert werden können. Das Gericht fährt fort:

Gerade im Dienstvertragsrecht spielt schlüssiges Verhalten eine grosse Rolle, werden doch Lohnaufbesserungen sowie andere zusätzliche Leistungen häufig ohne jede schriftliche Fixierung entrichtet und umgekehrt Lohnreduktionen ohne Änderung des allfälligen Vertragstextes vorgenommen. Durch Wiederholung solcher Vorgänge können Rechtsansprüche entstehen und untergehen, denn mangels formeller Erklärung wird im tatsächlichen Verhalten der Ausdruck eines ihm entsprechenden (Vertrags-)Willens erblickt. So schafft derjenige, welcher eine verminderte Leistung der Gegenpartei mehrmals annimmt, die Vermutung, dass er in die darin liegende Vertragsänderung eingewilligt habe.

Ähnlich auch der zweite Entscheid des Gewerbegerichts, den Rehbinder zitiert⁵:

Diese Zahlungen, die in keiner Weise dem Vertrag vom 3. April 1973 entsprachen, sondern in Übereinstimmung mit den erfolgten, hat der Kläger vorbehaltlos entgegengenommen. Wenn dieser heute geltend macht, *er habe die nicht genügend beachtet, aus den verschiedenen Zahlungen sei er nicht klug geworden und für ihn sei wesentlich gewesen, dass er insgesamt seinen 13. Monatslohn erhalten habe*, so kann dies nicht gehört werden. Selbst wenn das Nichtreagieren des Klägers auf die erste nicht ohne weiteres als Annahme der Offerte auf Vertragsänderung (die stellten in der Tat eine solche dar) betrachtet werden darf, so hätte der Kläger spätestens bei Auszahlung der nicht mit seinem Vertrag übereinstimmenden Beträge protestieren und seinen Willen, am ursprünglichen Vertrag voll und ganz festhalten zu wollen, kundtun müssen. Aus dem Verhalten des Klägers, der sich ja selbst als Ingenieur HTL bezeichnet, vor allem aus seiner stillschweigenden Entgegennahme der Auszahlungen, musste und durfte der Beklagte schliessen, dass der Kläger mit der Vertragsänderung einverstanden war.

Noch strenger war man ein paar Jahre später in Basel⁶:

Daran ändert nichts, dass die Beschwerdeführerin auf der Quittung für den Juni-Lohn den Vermerk „Teilbetrag“ angebracht haben will. Nachdem in den folgenden Monaten bis zum April 1984 stets der reduzierte Lohn ausbezahlt wurde, hätte sie oder ihr gesetzlicher Vertreter erneut protestieren müssen, wenn sie mit der Kürzung nicht einverstanden waren.

So sah man es in Genf ein Jahr darauf⁷:

La réduction de salaire a été imposée unilatéralement par la direction sans provoquer de réaction de la part de Sieur G. Ce dernier, comme il l'a écrit dans la lettre précitée, a voulu faire un effort pour permettre à l'entreprise de surmonter la crise financière dont elle souffrait. Il faut en conclure que Sieur G. a accepté tacitement de s'incliner devant la décision unilatérale de la direction comportant modification de son contrat. Il résulte de la lettre précitée que s'il n'avait pas reçu son congé en 1981, Sieur G. ne serait pas revenu sur son acceptation tacite. Dans ces conditions, sa demande n'est pas fondée.

Dass eine These falsch ist, zeigt sich manchmal erst dann, wenn man sie übertreibt. Das hat

⁴ N 19 zu Art. 322 OR

⁵ JAR 1980 S. 180, Hervorhebungen von mir

⁶ JAR 1985 S. 130

⁷ JAR 1986 S. 86

die 2. Abteilung des Arbeitsgerichts Zürich mit dem Fall AN030972⁸ getan, dem sogenannten Lokalradiofall. Mehrere Mitarbeiter eine Lokalradios haben für dieses Arbeit verrichtet, aber keinen Lohn erhalten. Das Arbeitsgericht führt zunächst aus, der Vertrag der Mitarbeiter mit dem Lokalradio sei als Arbeitsvertrag zu würdigen. Da aber die Mitarbeiter den Lohn bisher nicht verlangt hätten, sei eine Vereinbarung in dem Sinn zustande gekommen, dass die Arbeit gratis zu verrichten sei. Diese Entscheidung ist mit Recht auf Kritik gestossen⁹.

Im Lokalradiofall war zunächst umstritten, ob die Tätigkeit der Kläger überhaupt im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erfolgt sei. Das Lokalradio ging offenbar davon aus, diese relativ kleinen Pensen nicht entschädigen zu müssen. Dementsprechend gab es auch keine Lohnvereinbarung. Es gab also gar keinen Lohn, auf den man hätte verzichten können. Zudem führt die Entscheidung den Schutzgedanken des Art. 320 Abs. 2 OR ad absurdum. Wer andere ohne Bezahlung für sich arbeiten lässt, kann sich der Lohnzahlung dadurch entledigen, dass dieser Anspruch bereits nach wenigen Monaten verwirkt, wenn der Mitarbeiter sich nicht wehrt. Dass das nicht richtig sein kann, leuchtet ein. Umso mehr verwundert, dass das Bundesgericht diesen Entscheid als Beleg für seine These zitiert. Unter diesem Aspekt ist auch die Entscheidung des Bundesgerichts 4C.429/2005 interessant: dort ging es um eine Hausangestellte, welche während Jahren arbeitete, ohne Lohn zu erhalten. Weder Gerichte noch die beklagte Partei haben auch nur erwogen, einen Verzicht anzunehmen. Nachdem das Bundesgericht den Lokalradiofall zustimmend zitiert, hätte dieselbe Überlegung eigentlich nahegelegen.

Man kann also sagen, dass die Verfechter der Verwirkungsthese kein Gedankengebäude errichtet haben, dessen Analyse besondere Schwierigkeiten bereiten würde. Sie finden einfach, dass schon dreimaliges vertragswidriges Verhalten¹⁰ zur Belohnung desselben führt¹¹.

Richtigerweise verdient aber ein einmal geschlossener Vertrag zuallererst geschützt zu werden. Verträge schliesst man, um sich nachher darauf berufen zu können. Dieser Gedanke geht bei den Verfechtern der Verwirkungsthese völlig unter.

Dass das Schweigen eine Wundertüte ist, in die man alles mögliche verpacken kann, um es dann wieder hervorzaubern zu können, habe ich bereits eingangs gesagt. Wichtiger scheint mir, dass mit der kurzen Verwirkung bei Schweigen des Arbeitnehmers völlig übersieht, dass das betriebliche Herrschaftsverhältnis einer Reklamation jedenfalls dann entgegensteht, wenn noch nicht klar ist, dass das Arbeitsverhältnis ohnehin endet. Unter diesem Aspekt wäre es dem Kläger im besprochenen Fall 4C.242/2005 etwas leichter gefallen zu reklamieren, da der Vertrag befristet war. Damit bleiben aber immer noch zwei gewichtige Einwände bestehen.

20. April 2006

⁸ ARV 2004 S. 170f.

⁹ Streiff/von Kaenel, 6. Auflage, N 15 zu Art 322 OR

¹⁰ Die Parömie: Nemo auditur propriam turpitudinem allegans scheint ihnen nicht geläufig zu sein.

¹¹ weitere Kürzungsentscheide: JAR 1999 S. 135, JAR 2003, S. 201, JAR 2004, S. 397.