



Rückforderung oder Verrechnung zu viel bezahlter Leistungen durch den Arbeitgeber

CHRISTOPH SENTI

Beim Arbeitsverhältnis ist in aller Regel die Arbeitgeberin Schuldnerin von Geldforderungen. Es kommt jedoch regelmässig vor, dass sich insbesondere am Ende eines Arbeitsverhältnisses diese gezwungen sieht, gegenüber dem Arbeitnehmer offene Forderungen einzuverlangen. Soweit möglich, vornehmlich bei kleineren Beträgen, erfolgt dies durch Verrechnung mit noch ausstehenden Löhnen, Überstunden- oder Ferienguthaben. Wurden die Forderungen des Arbeitnehmers jedoch bereits ausbezahlt oder werden grössere Beträge zurückgefordert, ist eine Verrechnung nicht immer möglich.

Erbringt die Arbeitgeberin an den Arbeitnehmer eine Leistung, sei dies in Form von Geld (Zahlung) oder einer Naturalleistung, kann daraus grundsätzlich auch wieder ein Rückforderungsanspruch der Arbeitgeberin entstehen. Mit anderen Worten: Immer dann, wenn Leistungen an den Arbeitnehmer fliessen, kann auch ein Anspruch auf Rückforderung oder Verrechnung entstehen. Damit ist nachvollziehbar, dass die Fälle möglicher Rückforderungen oder Verrechnungen durch die Arbeitgeberin überaus vielfältig sind.

Vorliegender Aufsatz zeigt ohne Anspruch auf Vollständigkeit verschiedene Fallkonstellationen auf, welche zu einem Rückforderungsanspruch des Arbeitgebers führen. Neben der Erwähnung typischer Fälle von Rückforderungen durch die Arbeitgeberin wird zudem der Versuch einer systematischen Betrachtungsweise unternommen.

Dans le cadre de rapports de travail l'employeur est en règle générale débiteur de créances en argent. Il arrive toutefois régulièrement, en particulier à la fin de la relation de travail, qu'il doit réclamer l'acquittement de créances en souffrance à l'employé. Dans la mesure du possible, essentiellement dans le cas de petits montants, cela a lieu par compensation avec les salaires ou les soldes d'heures supplémentaires ou de vacances encore impayés. Si toutefois les créances de l'employé ont déjà été acquittées ou si des montants plus importants sont réclamés en remboursement, une compensation n'est pas toujours possible. Si l'employeur fournit une prestation à l'employé, que ce soit sous forme d'argent (paiement) ou en nature, cela peut en principe également faire naître une créance en remboursement de l'employeur. En d'autres termes : un droit au remboursement ou à la compensation peut naître à chaque fois que l'employé bénéficie de prestations. Il en ressort que les cas de remboursements ou de compensation par l'employeur sont extrêmement variés.

Cet article présente, sans prétention d'exhaustivité, différentes situations engendrant un droit au remboursement de l'employeur. Outre la mention de quelques cas typiques de remboursement exigé par l'employeur, l'auteur y tente l'application d'une méthode d'observation systématique.

Inhaltsübersicht

1. Rückforderung von Lohnzahlungen
 - 1.1. Rückforderung von ausbezahltem Zeitlohn
 - 1.2. Rückforderung von Leistungslohnen
 - 1.2.1. Art. 322a OR: Anteil am Geschäftsergebnis
 - 1.2.2. Art. 322b OR: Provision
 - 1.2.3. Exkurs: Art. 350a OR (Handelsreisende)
 - 1.2.4. Exkurs: Ausschliesslich oder vorwiegend erfolgsorientierte Entlohnung
 - 1.3. Rückforderung Lohnvorschüssen
 - 1.3.1. Gesetzliche Vorschusspflicht
 - 1.3.2. Freiwillige Vorschüsse und deren Rückforderung
 - 1.3.3. Vorschuss als Darlehensvertrag?
2. Rückforderung von Gratifikationen
3. Rückforderung von Lohnzulagen oder -zuschlägen
4. Nachforderung von Lohnabzügen
5. Rückforderung von Lohnfortzahlung oder Versicherungsleistungen
6. Rückforderung wegen zu viel bezogener Ferien
 - 6.1. Voraussetzungen
 - 6.2. Anspruchsgrundlage
 - 6.3. Rückforderung des Ferienlohnes wegen Schwarzarbeit
 - 6.4. Analoge Anwendbarkeit für Urlaubs-, Frei- oder Freitage?
7. Rückforderung infolge Minusstunden, insbesondere bei Vertragsende
8. Rückforderung von Aus- oder Weiterbildungsbeiträgen
 - 8.1. Vertragsvereinbarung als Voraussetzung
 - 8.2. Anspruchsgrundlage
9. Ansprüche aus separaten Verträgen
10. Mögliche Einreden gegen eine Rückforderung
 - 10.1. Fehlende Bezeichnung als «Vorschuss», unklare Vertragsvereinbarungen oder zu hohe Zahlungen
 - 10.2. Entgegenstehende Vertragsvereinbarungen
 - 10.3. Verwirkung infolge unterlassener oder zu später Abrechnung
 - 10.4. Keine angemessene Entlohnung nach Art. 349a OR
 - 10.5. (Falsche) Anwendung von Art. 350a OR
11. Verrechnung mit Gegenforderungen des Arbeitnehmers
 - 11.1. Pfändbarkeit des Lohnes als Voraussetzung einer Verrechnung
 - 11.2. Gleichartigkeit der Forderungen als Voraussetzung?
 - 11.3. Verrechnung mit Lohnrückbehalt oder Kautio
12. Anspruchsgrundlagen einer Rückforderung oder Verrechnung
 - 12.1. Rückforderungsanspruch aus Vertrag
 - 12.2. Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung
 - 12.2.1. Irrtümlich erbrachte Leistungen bei fehlender Vertragsvereinbarung
 - 12.2.2. Irrtümliche Leistung oder freiwillig bezahlte Nichtschuld?
 - 12.2.3. Ausschluss der Rückerstattung mangels Bereicherung
13. Schlussbemerkungen

1. Rückforderung von Lohnzahlungen

Beim Lohn ist zwischen dem fest vereinbarten monatlichen Fixgehalt (Zeitlohn) und variablen Löhnen (Leistungslohn) zu unterscheiden¹. Letztere hängen vielfach vom Zustandekommen bzw. der Realisierung bestimmter Geschäfte ab, können nachträglich dahinfallen² und sind, falls bereits ausbezahlt, zurückzufordern. Aber auch bei ausbezahlten Fixlöhnen kann sich ein Rückforderungsanspruch ergeben.

1.1. Rückforderung von ausbezahltem Zeitlohn

Die (teilweise) Rückforderung des ausbezahlten, fest vereinbarten Monatslohnes kann sich aus verschiedenen Gründen aufdrängen:

- Pflicht des freigestellten Arbeitnehmers zur Anrechnung eines anderweitig erzielten Verdienstes;
- Pflicht des ungerechtfertigt fristlos gekündigten Arbeitnehmers zur Anrechnung, was er anderweitig verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat³;
- Die Arbeitgeberin gewährt dem Arbeitnehmer einen Vorschuss⁴, der zukünftige Lohn bleibt jedoch unverdient und eine Verrechnung ist nicht mehr möglich;
- Der Arbeitnehmer verletzt ein gültig vereinbartes Konkurrenzverbot, was die Arbeitgeberin zur Rückforderung der womöglich ausbezahlten Karenzentschädigung berechtigt⁵;
- Infolge einer Buchhaltungspanne oder eines Computerfehlers wird dem Arbeitnehmer ein zu hoher Fixlohn ausbezahlt, oder ein gekündigter Arbeitnehmer erhält seinen Lohn versehentlich auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausbezahlt.

Stellt sich heraus, dass sich ein freigestellter Arbeitnehmer den während der Freistellung anderweitig erzielten Verdienst anrechnen lassen muss, kann die Arbeitgeberin den zuviel ausbezahlten Lohn zurückfordern. Das

Obergericht Luzern erklärte in einem solchen Fall, dass die Arbeitgeberin die Lohnzahlung während der Freistellung weder irrtümlich noch ohne Rechtsgrund vornahm und andernfalls in Verzug geraten wäre⁶. Entsprechend bestehe ein funktionaler Zusammenhang zwischen der Zahlung und dem Arbeitsvertrag, weshalb der Rückforderungsanspruch vertraglicher Natur sei⁷. Das Obergericht erkannte weiter, dass die Forderung nicht nur der fünfjährigen Verjährungsfrist nach Art. 128 Ziff. 3 OR, sondern der zehnjährigen Frist nach Art. 127 OR⁸ unterliege.

Art. 324 OR regelt den Annahmeverzug der Arbeitgeberin, wonach sie auch dann zur Lohnzahlung verpflichtet bleibt, wenn die Arbeitsleistung infolge ihres Verschuldens oder aus anderen Gründen nicht angenommen werden kann. In diesen Fällen muss sich der Arbeitnehmer an seinen Lohn jedoch anrechnen lassen, was er wegen Verhinderung der Arbeitsleistung erspart, durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen unterlassen hat⁹. Stellt sich erst im Nachhinein heraus, dass die Arbeitgeberin als Folge einer solchen Anrechnungspflicht nicht zur Zahlung des vollen Lohnes verpflichtet gewesen wäre, besitzt die Arbeitgeberin einen vertraglichen Rückerstattungsanspruch, welcher einer zehnjährigen Verjährungsfrist unterliegt¹⁰.

Kündigt die Arbeitgeberin fristlos ohne wichtigen Grund, wird sie schadenersatzpflichtig und hat den Gekündigten finanziell so zu stellen, wie wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist ordentlich beendet worden wäre¹¹. Dabei muss sich der Arbeitnehmer jedoch anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart, anderweitig verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat¹². Stellt sich im Nachhinein heraus, dass die Arbeitgeberin zuviel bezahlt hat, steht ihr ein Rückforderungsanspruch zu¹³. Auch dieser Anspruch ist nach Ansicht von PORT-

Bereinigte Fassung des Aufsatzes, abgegeben am 29. November 2013 an der Weiterbildungsveranstaltung «St. Galler Tagung zum Arbeitsrecht» des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen.

¹ Zur Unterscheidung vgl. CHRISTOPH SENTI, Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation; in: AJP/PJA 2002, 670.

² Vgl. beispielsweise Art. 322b Abs. 3 OR.

³ Art. 337c Abs. 2 OR.

⁴ Art. 323 Abs. 4 OR.

⁵ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag; Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR; 7. A., Zürich 2012, Art. 340b N 4.

⁶ OGer LU, LGVE 2007 I Nr. 22 E. 4.2 = JAR 2008, 434 m. V. a. Art. 323 Abs. 1 OR.

⁷ OGer LU, LGVE 2007 I Nr. 22 = ARV 2008 S. 25 ff. Zustimmend: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 324 N 13, S. 397 mit diversen Verweisen.

⁸ Dies mit der Begründung, dass Art. 128 Abs. 1 Ziff. 3 nur die «Forderungen von Arbeitnehmern» erwähnt, weshalb (Rück-)Forderungen des Arbeitgebers der zehnjährigen Frist unterliegen: OGer LU, LGVE 2007 I Nr. 22 E. 4.3 = JAR 2008, 435.

⁹ Art. 324 Abs. 2 OR.

¹⁰ WOLFGANG PORTMANN, Basler Kommentar zum Privatrecht; OR I, Art. 1–529; 4. A., Basel 2007, Art. 324 N 13, mit diversen Verweisen; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 341 N 8.

¹¹ Art. 337c Abs. 1 OR.

¹² Art. 337c Abs. 2 OR.

¹³ BSK OR-PORTMANN (FN 10), Art. 337c N 3 i. V. m. Art. 324 N 13.

MANN vertraglicher Natur und verjährt erst nach zehn Jahren¹⁴.

Bleibt ein Lohnvorschuss unverdient, ist die Arbeitgeberin zur Rückforderung berechtigt. Im Falle von Akontozahlungen für eine Gewinnbeteiligung erklärte das Bundesgericht, dass dieser Vorschuss vertraglich vereinbart wurde, weshalb sich die Rückforderung nicht auf die Bestimmungen zur ungerechtfertigten Bereicherung abstützt, sondern ein vertraglicher Rückforderungsanspruch vorliegt¹⁵. Diese Meinung wurde in einem späteren Urteil zudem präzisiert¹⁶.

Möglich ist schliesslich auch, dass eine Arbeitgeberin während des laufenden Arbeitsverhältnisses oder nach dessen Beendigung irrtümlich eine (nicht geschuldete) Fixlohnzahlung vornimmt oder einen zu hohen Lohn überweist. Ebenfalls zu einem Gerichtsverfahren führte die Rückforderung von drei Monatslöhnen, welche irrtümlich über das Ende des befristeten Vertrages hinaus bezahlt wurden¹⁷. Die Rückforderung solcher Ansprüche richtet sich nach dem Bereicherungsrecht und unterliegt der einjährigen Verjährungsfrist¹⁸. Bei mehrmaligen Zahlungen stellt sich zudem die Frage, ob bzw. ab wann von einer Vertragsänderung zu Gunsten des Arbeitnehmers ausgegangen werden darf. So in einem Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel Stadt aus dem Jahre 1984¹⁹: Eine Mitarbeiterin erhielt trotz Kürzung des Arbeitspensums von 20% weiterhin denselben Lohn. Aufgrund der für die Arbeitnehmerin unklaren Situation als Folge verschiedener Gespräche, durfte sie nach dem Vertrauensprinzip von einer konkludenten Lohnerhöhung ausgehen, der Arbeitgeberin stand jedoch das Recht zu, den Vertrag wegen Erklärungs- bzw. Grundlagenirrtum anzufechten und den zuviel bezahlten Lohn zurückzufordern. Die Rückforderung reduzierte sich allerdings aus zwei Gründen auf einen kleinen Teil der gesamten Forderung: Erstens war die Arbeitnehmerin gutgläubig und berief sich auf Art. 64 OR. Zweitens zahlte die Arbeit-

geberin den zu hohen Lohn auch noch einen Monat nach Entdeckung des Irrtums aus, weshalb die Rückforderung dieses Mehrbetrages an Art. 63 Abs. 1 OR (freiwillige Zahlung einer Nichtschuld) scheiterte²⁰. Zahlt eine Arbeitgeberin also in Kenntnis des fehlenden Anspruches, steht ihr kein Rückforderungsrecht zu. So auch im Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 23. Februar 1984²¹: Die Arbeitgeberin zahlte ihrem Angestellten bereits während des ersten Dienstjahres den 13. Monatslohn pro rata aus, obwohl vertraglich vereinbart war, dass ein solcher Anspruch erst ab dem 2. Dienstjahr entsteht²². Nach Auffassung des Kantonsgericht leistete die Arbeitgeberin die Zahlung trotz Kenntnis des (noch) fehlenden Anspruches und erklärte: «Unter diesen Umständen muss angenommen werden, dass die Kl. [Klägerin] mit der Ausrichtung eines pro rata Anteils des 13. Monatslohnes ohne Irrtum eine Nichtschuld bezahlt hat. Sie ist nicht berechtigt, diesen Betrag vom Kl. zurückzufordern (OR Art. 63 Abs. 1).»²³

1.2. Rückforderung von Leistungslöhnen

Bei der variablen Entlohnung (Leistungslöhne) sind vor allem zwei Bestimmungen interessant: Erstens die Beteiligung am Geschäftsergebnis nach Art. 322a OR, zweitens die Provision nach Art. 322b OR. In beiden Fällen kann es vorkommen, dass Zahlungen an den Arbeitnehmer erfolgen, die später aus verschiedenen Gründen wieder zurückzufordern sind.

1.2.1. Art. 322a OR: Anteil am Geschäftsergebnis

Arbeitgeberin und Arbeitnehmer können vereinbaren, dass letzterer am Gewinn, Umsatz oder sonst am Geschäftsergebnis beteiligt wird²⁴. Die gesetzlichen Bestimmungen zur Fälligkeit und Zahlung finden sich an verschiedenen Orten: Der Lohn ist dem Arbeitnehmer spätestens am Ende jedes Monats auszurichten²⁵. Wurde ein Anteil am Geschäftsergebnis vereinbart, hat die Auszahlung zu erfolgen, sobald das Geschäftsergebnis festgestellt ist, spätestens jedoch sechs Monate nach Ablauf des Geschäftsjahres²⁶. Diese Regelung gilt auch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses und als Ausnahme

¹⁴ BSK OR-PORTMANN (FN 10), Art. 337c N 3 i. V. m. Art. 324 N 13, sowie Art. 341 N 10b; OGer LU in JAR 2008, 432.

¹⁵ BGE 126 III 119 ff.

¹⁶ Vgl. BGE 133 III 356 = 4C.437/2006.

¹⁷ AGer ZH, Entscheidungen 1989 und 1990, Nr. 4 = JAR 1991, 126.

¹⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 322 N 13; OR-WOLFGANG PORTMANN (FN 10), Art. 322 N 10 und Art. 341 N 10b; BK-MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht; Band VI, Obligationenrecht; Bern ab 1983, Art. 322 N 18 und 44; ZK-ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht; Obligationenrecht; Teilband V 2c, der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, Zürich 2006, Art. 322 N 43.

¹⁹ Vgl. GSG BS Urteil vom 13. Juni 1984, 732/83, in: JAR 1985, 131.

²⁰ JAR 1985, 134 f.

²¹ Vgl. JAR 1985, 246 ff.

²² Vgl. Urteil E. 6 in JAR 1985, 252 f.

²³ Vgl. Urteil E. 6b in JAR 1985, 253.

²⁴ Art. 322a Abs. 1 OR.

²⁵ Art. 323 Abs. 1 OR.

²⁶ Art. 323 Abs. 3 OR.

vom Grundsatz, dass bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses sämtliche Forderungen fällig werden²⁷. Steht das Geschäftsergebnis auch sechs Monate nach Abschluss des Geschäftsjahres noch nicht fest, ist dem Arbeitnehmer ein geschätzter Betrag ausbezahlen, welcher nach Bekanntwerden des effektiven Geschäftsergebnisses definitiv abzurechnen bzw. auszugleichen ist²⁸.

Die Anspruchsgrundlage eines Rückforderungsanspruches unterscheidet sich je nach Stadium der erfolgten Zahlung. Der Lohnanspruch nach Art. 322a OR entsteht meines Erachtens mit Abschluss der für die Bemessung relevanten Geschäftsperiode²⁹. Davon zu unterscheiden ist die Frage der Fälligkeit der Forderung, welche regelmässig später eintritt³⁰. Für die Frage einer Rückforderung bereits ausgerichteter Zahlungen ergeben sich folgende Szenarien:

- a) Die Zahlung an den Arbeitnehmer erfolgte entweder vor oder nach Entstehung des Anspruches, aber vor dessen Fälligkeit. In diesem Fall handelt es sich meines Erachtens um einen Vorschuss, dessen Rückforderung sich nach denselben Regeln wie Zahlungen nach Art. 323 Abs. 4 OR richtet³¹.
- b) War der ausbezahlte Anspruch zur Zahlung fällig und steht dessen Höhe fest, ist bei der Rückforderung nach deren Grund zu fragen. Möglich ist eine versehentlich zu hohe Auszahlung eines fälligen Anspruches, was meines Erachtens nach den Regeln eines versehentlich zuviel ausbezahlten Zeitlohnes abzuwickeln ist³². Denkbar ist jedoch auch, dass sich die für die Bemessung des Leistungslohnes relevante Buchhaltung nachträglich verändert, weil bspw. bereits verbuchte Geschäfte dahinfallen³³, sich die Buchhaltung nachträglich als fehlerhaft herausstellt³⁴ oder andere Einflüsse eine Korrektur des bereits festgestellten Ergebnisses notwendig machen³⁵. Soweit der Arbeitgeberin

kein Fehlverhalten angelastet werden kann, erfolgte die Zahlung weder freiwillig noch irrtümlich. Entsprechend müsste sich eine solche Rückforderung nach den vertraglichen Anspruchsgrundlagen richten³⁶.

- c) War der ausbezahlte Anspruch zur Zahlung fällig, dessen Höhe mangels Geschäftsergebnis allerdings nicht bekannt, beruht ein allfälliger Rückforderungsanspruch nicht auf ungerechtfertigter Bereicherung, sondern auf Vertrag³⁷.

1.2.2. Art. 322b OR: Provision

Auch zur Provision nach Art. 322b OR finden sich verschiedene Gesetzesbestimmungen betreffend Anspruch und Fälligkeit: Mit rechtsgültigem Abschluss des Geschäfts mit einem Dritten entsteht der Anspruch auf Provision³⁸. Fällig wird die Zahlung jedoch erst per Ende des laufenden Monats und kann durch schriftliche Vereinbarung weiter hinausgeschoben werden, sofern die Abwicklung von Geschäften mehr als ein halbes Jahr erfordert³⁹. Wird der Vertrag mit dem Dritten erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfüllt, kann auch für solche Fälle eine spätere Fälligkeit vereinbart werden, wobei die Frist nicht um mehr als ein halbes Jahr und bei Geschäften mit gestaffelter Erfüllung nicht mehr als ein ganzes Jahr verlängert werden darf⁴⁰.

Neben Entstehung und Fälligkeit des Anspruches spielt die Vertragserfüllung eine wesentliche Rolle: Wird das Geschäft ohne Verschulden des Arbeitgebers nicht ausgeführt, oder erfüllt der Dritte seine Verbindlichkeiten nicht, fällt der Provisionsanspruch nachträglich dahin⁴¹. Wurde die Provision bereits ausbezahlt, sieht sich die Arbeitgeberin zur Rückforderung der Zahlung bzw. Verrechnung mit anderen Forderungen veranlasst. Hierbei handelt es sich nach Meinung von Lehre und Rechtsprechung um einen vertraglichen Rückerstattungsanspruch⁴². «Der Anspruch ist anfänglich auflösend bedingt und wird erst

²⁷ Art. 339 Abs. 3 OR.

²⁸ Art. 349b Abs. 3 OR analog; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 323 N 5; BK-MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI (FN 18), Art. 323 N 21, beide m. V. a. ZK-ADRIAN STAEHELIN (FN 18), Art. 323 N 14.

²⁹ Beispielsweise Ende des Geschäftsjahres, Quartalsende etc. Für die Provision vgl. Art. 322b OR.

³⁰ Vgl. Art. 323 Abs. 3 OR.

³¹ Vertraglicher Anspruch, vgl. hinten Ziff. 1.3.2, am Ende.

³² Vgl. vorne FN 18.

³³ Beispielsweise die Stornierung eines Auftrages, welche für die Unternehmung zur Rückzahlung bereits empfangener Leistungen verpflichtet.

³⁴ Beispielsweise weil im relevanten Geschäftsjahr falsche Buchungen zu einem zu hohen Gewinn führten.

³⁵ Beispielsweise Nachsteuern oder Zusatzaufwand infolge Buchprüfungen durch Steuern, Sozialversicherungsanstalt oder auch nach-

träglich verhängte Bussen oder Mehraufwand infolge ungenügend hoher Rückstellungen.

³⁶ Vgl. vorne, Ziff. 1.1.

³⁷ BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 18), Art. 323 N 21, m. V. a. BGE 126 III 119 E. 3.

³⁸ Art. 323b Abs. 1 OR.

³⁹ Art. 323 Abs. 2 OR.

⁴⁰ Art. 339 Abs. 2 OR. Zum Spezialfall der Versicherungsverträge vgl. dort.

⁴¹ Art. 322b Abs. 3 OR.

⁴² ROGER PETER MORF, Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis; Bern 2011. Rz. 570; ZK-STAEHELIN (FN 18), Art. 322b N 17, BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 18), Art. 322b N 8, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 322b N 2, m. V. a. BGE 126 III 119 = JAR 2001, 195 analog.

dann endgültig, wenn das Erfüllungsgeschäft abgewickelt ist.»⁴³

Wie beim Anteil am Geschäftsergebnis ist bei einer Rückforderung bereits ausbezahlter Provisionen zu unterscheiden:

- a) Wurde die Provision vor deren Fälligkeit ausbezahlt, liegt eine Bevorschussung des Lohnes vor, deren Rückzahlung sich meines Erachtens nach jenen Regeln richtet⁴⁴. Dabei unerheblich ist, ob das Geschäft bereits abgeschlossen wurde und damit der Provisionsanspruch entstanden ist oder nicht.
- b) Bezahlt der Arbeitgeber fällige Provisionen aus, fällt der Anspruch aber nachträglich dahin, stützt sich deren Rückforderung auf vertragliche Anspruchsgrundlagen⁴⁵.

1.2.3. Exkurs: Art. 350a OR (Handelsreisende)

Verwirrung stiftet Art. 350a Abs. 1 OR, welcher vorsieht, dass bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses «(...) dem Handelsreisenden die Provision auf allen Geschäften auszurichten [ist], die er abgeschlossen oder vermittelt hat, sowie auf allen Bestellungen, die bis zur Beendigung dem Arbeitgeber zugehen, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Annahme und ihrer Ausführung.» Diese Regelung steht scheinbar im Widerspruch mit Art. 339 Abs. 2 OR, welcher das vertraglich vereinbarte Hinausschieben der Fälligkeit einer Provision über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus für bestimmte Geschäfte zulässt. Ein solcher Widerspruch besteht allerdings nur bei grammatikalischer Auslegung der deutschsprachigen Fassung: Aus dem romanischen Gesetzestext und der Entstehungsgeschichte ergibt sich, dass sich Art. 350a Abs. 1 OR nur zum Kreis der provisionsberechtigten Geschäfte äussert, nicht aber die Fälligkeit solcher Ansprüche definiert⁴⁶. Insofern ist Art. 339 Abs. 2 OR auch für Handelsreisende gültig.

Kniffliger und entsprechend uneinheitlich in der Rechtsprechung ist die Beantwortung der Frage, ob

Art. 350a Abs. 1 OR zur Folge hat, dass das Delkreder-Risiko für Provisionen, die erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses fällig werden, durch die Arbeitgeberin zu tragen ist. Wie bereits erwähnt⁴⁷, fällt der Provisionsanspruch nachträglich dahin, wenn das Geschäft ohne Verschulden des Arbeitgebers nicht ausgeführt wird oder der Dritte seinen Verbindlichkeiten nicht nachkommt⁴⁸. Diese Regelung gilt – im Prinzip – auch für Provisionen, die bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch nicht abgerechnet wurden. Dem steht allerdings Art. 350a Abs. 1 OR entgegen, wonach bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem Handelsreisenden die Provision auf allen Geschäften auszurichten ist, die er abgeschlossen oder vermittelt hat und auf allen Bestellungen, die bis zur Beendigung dem Arbeitgeber zugegangen sind, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Annahme und ihrer Ausführung. Überwälzt diese Bestimmung nun das Delkreder-Risiko für noch ausstehende Geschäfte auf den Arbeitgeber?

Diverse gewichtige Autoren vertreten die Auffassung, dass Art. 322b Abs. 3 OR Vorrang genießt, indem auch nach Beendigung eines Handelsreisendenvertrages bereits abgerechnete und ausbezahlte Provisionen zurückgefordert werden dürfen, wenn das Geschäft nachträglich dahinfällt oder der Vertrag nicht erfüllt wird⁴⁹. «Weil es bei Art. 350a entsprechend BGE 116 II 700 nicht um die Fälligkeit, sondern um die Abgrenzung der provisionsberechtigten von den nicht provisionsberechtigten Geschäften geht, muss man grundsätzlich akzeptieren, dass nach Vertragsende dahinfallende Geschäfte auch zu einem Dahinfallen der entsprechenden Provisionen und unter Umständen zu deren Rückzahlung führen.»⁵⁰ Die diesbezügliche Gerichtspraxis ist allerdings uneinheitlich⁵¹.

Ob es sich bei Art. 350a OR um eine Norm handelt, die – wie Art. 349a OR⁵² – analog für sämtliche Arbeitsverträge gilt, ist soweit ersichtlich eine unbeantwortete Frage.

Unabhängig von der (richtigen) Anwendung von Art. 350a OR ist darauf hinzuweisen, dass nach Auffassung des Bundesgerichts eine Rückforderung (auch) überhöhter Akontozahlungen voraussetzt, dass das defini-

⁴³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 322b N 2, gleicher Ansicht: BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 18), Art. 322b N 8.

⁴⁴ Vertraglicher Anspruch, vgl. hinten Ziff. 1.3.2, am Ende.

⁴⁵ MORF (FN 42), Rz. 570; ZK-STAEHELIN (FN 18), Art. 322b N 17, BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 18), Art. 322b N 8, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 322b N 2, m. V. a. BGE 126 III 119 = JAR 2001, 195 analog.

⁴⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 350a N 3, m. V. a. BK-MANFRED REHBINDER (FN 18), Art. 350a N 3 und BGE 116 II 700. Vgl. dazu die franz. Fassung von Art. 350a Abs. 1 OR: «(...) le voyageur de commerce a droit à la provision sur toutes les affaires (...)».

⁴⁷ Vgl. vorne, Ziff. 1.2.2, S. 7.

⁴⁸ Art. 322b Abs. 3 OR.

⁴⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 350a N 3, m. V. a. ZK-STAEHELIN (FN 18), Art. 350a N 2, BK-REHBINDER (FN 18), Art. 350a N 2 und weitere.

⁵⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 350a N 3.

⁵¹ Vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 350a N 3.

⁵² Vgl. BGE 139 III 215 E. 5.1 mit diversen Verweisen.

tive Geschäftsresultat und damit die Höhe der geschuldeten Forderung feststehen⁵³.

1.2.4. Exkurs: Ausschliesslich oder vorwiegend erfolgsorientierte Entlöhnung

«Eine schriftliche Abrede, dass der Lohn ausschliesslich oder vorwiegend in einer Provision bestehen soll, ist gültig, wenn die Provision ein angemessenes Entgelt für die Tätigkeit des Handelsreisenden ergibt.»⁵⁴. Diese Regelung, welche analog für alle Arbeitsverhältnisse gilt⁵⁵, kann einem Rückforderungsanspruch der Arbeitgeberin entgegen stehen. Zur Anwendung gelangt Art. 349a OR jedoch nur, wenn der Lohn «ausschliesslich oder vorwiegend in einer Provision» besteht. Wo die Grenze einer «vorwiegenden» Provisionierung liegt, soll an dieser Stelle offen bleiben⁵⁶. Im vorliegenden Zusammenhang beachtlich ist, dass Art. 349a OR dem Handelsreisenden unabhängig von dem durch ihn erzielten Ergebnis und/oder allfälliger Debitorenausfälle ein «angemessenes Entgelt»⁵⁷ für seine Tätigkeit garantiert. Ist dies nicht der Fall, scheidet die Arbeitgeberin mit der Rückforderung bereits ausbezahlter Provisionen bzw. Vorschüsse.

Nach einem Urteil des Kantonsgerichts Graubünden gilt Art. 349a OR nicht nur für den Leistungslohn in Form von Provisionen, sondern verbietet auch eine Verlustbeteiligung bei einer Entlöhnung nach Art. 322a OR⁵⁸. Das «angemessene Entgelt» nach Art. 349a OR bildet damit wohl in allen Fällen eine Grenze für Lohnrückforderungen, bei ausschliesslich oder vorwiegend erfolgsorientierter Entlöhnung, sei dies in Form von Provisionen, Anteil am Geschäftsergebnis oder anderen Formen.

1.3. Rückforderung Lohnvorschüssen

1.3.1. Gesetzliche Vorschusspflicht

Art. 323 Abs. 4 OR verpflichtet die Arbeitgeberin unter bestimmten Bedingungen zur Zahlung eines Lohnvorschusses an den Arbeitnehmer. Die Vorschusspflicht beschränkt sich jedoch auf eine Zahlung nach Massgabe

der geleisteten Arbeit⁵⁹, weshalb der Arbeitnehmer nur so viel Vorschuss beanspruchen kann, wie er bereits Arbeit geleistet hat. Der Vorschusscharakter in Art. 323 Abs. 4 OR bezieht sich also ausschliesslich auf die Fälligkeit der Lohnzahlungspflicht⁶⁰ und ist somit keine Ausnahme vom Grundprinzip der Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers.

1.3.2. Freiwillige Vorschüsse und deren Rückforderung

Häufig werden freiwillige Lohnvorschüsse über dieses gesetzliche Minimum hinaus geleistet, womit dem Arbeitnehmer ein Lohnvorschuss für eine noch nicht erbrachte Arbeitsleistung bezahlt wird. Meines Erachtens fallen nicht nur der «klassische» Vorschuss unter Anrechnung auf den fest vereinbarten Monatslohn unter diese Kategorie, sondern sämtliche Zahlungen mit Lohncharakter, welche vor deren Fälligkeit ausgerichtet werden. Dies können auch Akontozahlungen auf Provisionen sein, oder vorfällig ausgerichtete Gewinn- oder Umsatzbeteiligungen. Art. 81 OR gibt der Arbeitgeberin das Recht zur (einseitigen) Vornahme solcher Zahlungen⁶¹.

Nach WEBER⁶² ist die Rückforderung einer nach Art. 81 OR vorzeitig erfüllten Schuld ausgeschlossen, weil die Forderung schon latent bestand und damit keine Erfüllung einer Nichtschuld im Sinne von Art. 62 OR vorliegt⁶³. Diese Aussage ist aus zwei Gründen interessant: Erstens hätte dies im Arbeitsvertragsrecht zur Konsequenz, dass die Arbeitgeberin Vorschüsse nicht zurückfordern kann, soweit davon auszugehen ist, dass die dafür nötige Arbeitsleistung erbracht oder Erfolg eintreten wird (Zahlung einer latenten Forderung). Mit anderen Worten: Die Rückforderung (statt Verrechnung) geleisteter Vorschüsse oder Akontozahlungen während des laufenden Arbeitsverhältnisses ist auf jeden Fall solange ausgeschlossen, wie davon auszugehen ist, dass das Arbeitsverhältnis andauert und die Arbeitgeberin diese Leistungen bei Fälligkeit des Lohnanspruches zurückrechnen können. Zweitens scheint WEBER mit dem Verweis auf das Bereicherungsrecht⁶⁴ auszusagen, dass sich die Rückforderung solcher Leistungen (sofern denn zulässig) nach den Anspruchsgrundlagen von Art. 62 ff. OR richtet, nicht aber eine Forderung aus Vertrag vorliegt.

⁵³ BGer 4C.2/2003, E. 5.1.

⁵⁴ Art. 349a Abs. 2 OR.

⁵⁵ Vgl. BGE 139 III 215 E. 5.1 mit diversen Verweisen.

⁵⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 349a N 3, erwähnen im Zusammenhang mit dem Schriftformerfordernis implizit die Grenze von 50%, wobei ein Provisionsanteil von 20% nicht genügen soll.

⁵⁷ Art. 349 Abs. 2 OR.

⁵⁸ KGer GR, in JAR 2006, 481, E. 4. d. Gl. M. schon REHBINDER (FN 46), BK-REHBINDER (FN 18), Art. 349a N 8, und wohl auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 349a N 4.

⁵⁹ Vgl. Art. 323 Abs. 4 OR.

⁶⁰ Üblicherweise per Ende des Monats (Art. 323 Abs. 1 OR).

⁶¹ Sofern der Arbeitsvertrag dies nicht ausschliesst, was wohl aber selten der Fall sein wird.

⁶² Vgl. ROLF H. WEBER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, Obligationenrecht; Bern ab 1983, Art. 81 N 10.

⁶³ M. V. a. Art. 62 OR.

⁶⁴ Vgl. BK-WEBER (FN 62), Art. 81 N 10.

Eine zugunsten des Arbeitnehmers über Art. 323 Abs. 4 OR hinausgehende vertragliche Vereinbarung⁶⁵ verstösst gegen Art. 361 OR und ist damit nichtig, was im Hinblick auf die praktische Verbreitung solcher Vorschussleistungen erstaunt. «Der Arbeitgeber kann sich somit vertraglich nicht weitergehend binden, kann aber freiwillig einen über das Gesetz hinausgehenden Vorschuss gewähren, (...)»⁶⁶ In letzter Konsequenz hat dieser Gedankengang zur Folge, dass sämtliche vertraglichen Vereinbarungen betreffend Akonto- oder Vorauszahlungen nichtig sind, soweit sie vor deren Fälligkeit bezahlt wurden und über Art. 323 Abs. 4 OR hinausgehen. Die Rückforderung solcher Leistungen hätte damit nach den Vorschriften des Bereicherungsrechts zu erfolgen⁶⁷, was offenbar auch der Meinung von WEBER entspricht⁶⁸, handelt es sich – mangels vertraglicher Vereinbarung – doch um einen Anwendungsfall von Art. 81 OR. Leistet die Arbeitgeberin einen Vorschuss auf Provisionen oder eine Umsatzbeteiligung, handelt es sich um die Zahlung einer noch nicht fälligen Forderung und damit um einen Vorschuss. Wie erwähnt, wäre eine solche Abrede zwar nichtig⁶⁹, trotzdem aber herrscht in der Lehre und Rechtsprechung Einigkeit darüber, dass die Rückforderung von Provisionen gestützt auf Art. 322b Abs. 3 OR einen vertraglichen Anspruch darstellt⁷⁰.

1.3.3. Vorschuss als Darlehensvertrag?

Ist der Vorschuss höher als das nächste Lohnguthaben und verzichtet die Arbeitgeberin während längerer Zeit auf die Verrechnung, ist anzunehmen, dass ein Darlehen, nicht ein Vorschuss gewährt worden ist.⁷¹ Die Meinung, dass Lohnvorschüsse auch auf einem Darlehensverhältnis beruhen können, findet sich verschiedentlich⁷². Diese Lösung ist insofern zulässig, als das Bundesgericht auch schon in anderem Zusammenhang gemischte Vertrags-

verhältnisse im Arbeitsrecht zuliess⁷³. Zudem müsste sich eine Arbeitgeberin für eine allfällige Rückforderung nicht auf das Bereicherungsrecht abstützen.

Voraussetzung eines Darlehensvertrages ist eine gemeinsame gegenseitige Willensäusserung, welche bei einem Darlehensvertrag jedoch nicht schriftlich zu sein hat⁷⁴ und auch konkludent erfolgen kann. Verändert sich die Höhe des Saldos regelmässiger Vorschüsse von einem Monat zum nächsten, liegt womöglich ein Kontokorrentverhältnis vor⁷⁵. REHBINDER/STÖCKLI nennen diverse Kriterien, anhand welcher zwischen Vorschussleistung und Darlehensvereinbarung unterschieden werden kann⁷⁶:

- Übersteigt der *Umfang* der Zahlung mehrere Monatslöhne, ist von einem Darlehen auszugehen⁷⁷;
- Ebenfalls von einem Darlehen ist auszugehen, wenn die Zahlung einem *Zweck* dient, welcher mit den normalen Bezügen nicht oder nur nach längerer Zeit erreicht wird, oder wenn dazu üblicherweise ein Kredit aufgenommen wird;
- Wenn in Bezug auf die *Rückzahlung monatliche Raten* vereinbart werden;
- Wenn die Zahlung nicht vollumfänglich vom nächstfolgenden Monatslohn abgezogen wird, sondern *gestundet* wird;
- Ergibt sich keine klare Lösung, ist im *Zweifelsfall* von einem Lohnvorschuss, nicht aber einem Darlehen auszugehen⁷⁸.

2. Rückforderung von Gratifikationen

Die Gratifikation gilt nicht als Lohn, sondern als Sondervergütung, deren Ausrichtung von bestimmten Bedingungen abhängig gemacht werden darf⁷⁹. Die Zulässigkeit

⁶⁵ Beispielsweise ein Lohnvorschuss, welcher den Umfang des Lohnes für die bereits geleistete Arbeit übersteigt.

⁶⁶ PORTMANN/STÖCKLI (FN 28), Rz. 331.

⁶⁷ Was aber in Bezug beim Leistungslohn selbst nach Auffassung des Bundesgerichts nicht der Fall ist: In BGE 126 III 119 = JAR 2001, 195 ging das Bundesgericht diesbezüglich von einem vertraglichen Anspruch aus.

⁶⁸ BK-WEBER (FN 62), Art. 81 N 10.

⁶⁹ Art. 323 Abs. 4 OR i. V. m. Art. 361 OR.

⁷⁰ MORF (FN 42), Rz. 570; ZK-STAEHELIN (FN 18), Art. 322b N 17, BK-MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI (FN 18), Art. 322b N 8, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 322b N 2, m. V. a. BGE 126 III 119 = JAR 2001, 195 analog.

⁷¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 323 N 7.

⁷² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 323 N 7; ZK-STAEHELIN (FN 18), Art. 323 N 20; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 18), Art. 323 N 30.

⁷³ Vgl. beispielsweise BGE 131 III 615 E. 4 = Pra 95 (2006) Nr. 92 (Beteiligungsvertrag).

⁷⁴ Vgl. Art. 318 ff. OR.

⁷⁵ Art. 117 OR, Art. 314 Abs. 3 OR. Vgl. dazu: BSK OR-GONZEBACH/GABRIEL-TANNER, in: Basler Kommentar, OR I, 4. A., Basel 2007, Art. 117 N 3.

⁷⁶ BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 18), Art. 323 N 30.

⁷⁷ M. V. a. AGER ZH in JAR 1983, 124 ff., ZK-STAEHELIN (FN 18), Art. 323 N 20.

⁷⁸ BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 18), Art. 323 N 30, letzte Alinea m. V. a. AGER ZH in JAR 1983, 126. Gl. M. ZK-STAEHELIN (FN 18), Art. 323 N 20.

⁷⁹ BGE 4C.395/2005 E. 5.3: «Die Gratifikation kann im Rahmen von Art. 27 Abs. 2 ZGB von der Bedingung abhängig gemacht werden, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Fälligkeit noch im Betrieb arbeitet oder in ungekündigter Stellung ist (BGER 4C.426/2005 E. 5.1). Eine solche Bedingung ist jedoch bezüglich des Anspruchs auf Lohn unzulässig (BGER 4C.426/2005 E. 5.2.1).».

vertraglicher Vereinbarungen zur Rückzahlung von Gratifikationen ist insbesondere im Zusammenhang mit Boni von Interesse, welche nicht als Lohn, sondern als Gratifikation ausgestaltet werden⁸⁰.

Nicht höchstrichterlich geklärt ist die Frage, ob die Zahlung einer Gratifikation unter dem Vorbehalt einer Rückzahlungsverpflichtung erfolgen kann⁸¹. Macht die Arbeitgeberin bspw. die Auszahlung einer Gratifikation vom Verbleib des Arbeitnehmers während eines weiteren Jahres abhängig, ist dies eine Bedingung, welche bei vorzeitiger Kündigung des Arbeitsverhältnisses an sich eine Rückerstattungspflicht auslöst. Die Lehre ist über die Zulässigkeit solcher Klauseln geteilter Meinung⁸², wobei einzelne Autoren zudem die Regelungen zum Konkurrenzverbot oder die Grenzen der Rückzahlungspflicht von Ausbildungskosten analog beiziehen wollen⁸³.

Nach einem Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen ist die Rückforderung einer freiwillig bezahlten Gratifikation auf jeden Fall dann ausgeschlossen, wenn die Arbeitgeberin diese trotz Kenntnis der nicht erfüllten Bedingung auszahlt⁸⁴. In diesem liegt die freiwillige Zahlung einer Nichtschuld vor, welche nach Art. 63 Abs. 1 OR nicht zurückgefordert werden kann⁸⁵.

3. Rückforderung von Lohnzulagen oder -zuschlägen

Zulagen oder Zuschläge werden aus verschiedenen Gründen bezahlt. Zu unterscheiden ist zwischen Sozialzulagen⁸⁶, Inkonvenienzzulagen⁸⁷ und arbeitszeitbezogene Zulagen oder Zuschlägen⁸⁹.

Ähnlich wie bei den Lohnabzügen für die Sozialversicherung sind auch bei den Sozialzulagen staatliche Stellen involviert, welche solche Leistungen oder Beiträge gegenüber der Arbeitgeberin abrechnen. Zur (Rück-)forderung solcher Zahlungen durch die Arbeitgeberin kommt es in beiden Fällen wohl vor allem dann, wenn die Sozialversicherungsanstalt des betreffenden Kantons gegenüber der Arbeitgeberin Zahlungen verweigert, zurückfordert oder nachträgliche Beiträge erhebt. Meines Erachtens beurteilt sich die Frage der Rückzahlungspflicht von Sozialzulagen deshalb nach denselben Kriterien wie die Ein- oder Rückforderung von Sozialabzügen⁹⁰.

Arbeitszeitbezogene Zulagen oder Zuschläge werden zusammen und in Abhängigkeit vom Lohn ausgerichtet⁹¹. Die Frage der Rückzahlungspflicht solcher Leistungen richtet sich wohl in den meisten Fällen nach denselben Grundlagen wie der Lohn, zu welchem die Zulage oder der Zuschlag hinzugerechnet wird⁹².

Damit verbleibt einzig die Frage nach den Voraussetzungen und der rechtlichen Qualifikation des Anspruches auf Rückforderung von Inkonvenienzzulagen. Inkonvenienzzulagen haben in der Regel Lohncharakter⁹³. Entsprechend richtet sich die Frage der Rückzahlungspflicht wohl nach denselben Prinzipien und Regelungen⁹⁴. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass Inkonvenienzzulagen für erschwerte Arbeitsbedingungen ausbezahlt werden, womit sich die Frage stellt, ob diese zurückgefordert werden könnten, wenn während der Arbeit wider Erwarten gar keine Arbeiterschwernis vorlag⁹⁵.

⁸⁰ Vgl. dazu ROGER RUDOLPH, Buchtitel?, Ziff. 2.8, S. 96.

⁸¹ Nach VISCHER sind solche Vereinbarungen wohl zulässig, allerdings mit Berufung auf den Grundsatz der Kündigungspartitität nur unter sehr engen Bedingungen (FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. A., Basel 2005, 107).

⁸² Vgl. zum derzeitigen Stand der Meinungen: STREIFF/VONKAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 322d N 16; RUDOLPH (FN 80), Ziff. 2.8, S. 96.

⁸³ Vgl. beispielsweise BSK OR-PORTMANN (FN 10), Art. 322d N 25.

⁸⁴ KGer SG, Urteil vom 23. Februar 1984, in JAR 1985, 246 ff. Wobei in jenem Fall offenbar nur die Arbeitgeberin von einer Gratifikation ausging, das Kantonsgericht aber, ohne eingehende Begründung, von einem 13. Monatslohn ausging (vgl. E. 6, JAR 1985, 252 f.).

⁸⁵ Zur rechtstheoretischen Begründung, weshalb eine freiwillig ausgerichtete Gratifikation nicht nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden kann, vgl. MORF (FN 42), Rz. 611.

⁸⁶ Familien-, Kinder-, Geburts-, Adoptions- oder Ausbildungszulagen gestützt auf das Bundesgesetz über die Familienzulagen (SR 836.2).

⁸⁷ Lohnzuschläge für erschwerte Arbeitsbedingungen (Hitze-, Schmutz-, Lärmzulagen etc.).

⁸⁸ Lohnzulagen oder -zuschläge für Überzeit-, Nacht-, Sonntagsarbeit, Pikettdienst etc.

⁸⁹ Vgl. dazu: CHRISTOPH SENTI, Zulagen, Zuschläge und 13. Monatslohn, AJP/PJA 2006, 289 ff.

⁹⁰ Vgl. dazu hinten, Ziff. 4. Erwähnenswert an dieser Stelle ist das in STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 321e N 11 erwähnte Urteil des AGer ZH vom 11. Dezember 1989, in welchem die Rückforderung bereits an den Arbeitnehmer ausbezahlter Kinderzulagen geschützt wurde, weil letzterer die dafür nötigen Unterlagen nicht einreichte und die Ausgleichskasse deshalb eine Auszahlung verweigerte.

⁹¹ Beispielsweise Überstunden-, Überzeitzuschläge, Lohnzuschläge für Sonntags- oder Nachtarbeit etc.

⁹² Vgl. dazu vorne, Ziff. 1.1 (FN 81).

⁹³ VISCHER (FN 81), 85 f.

⁹⁴ Vgl. dazu vorne, Ziff. 1.1.

⁹⁵ Beispielsweise liesse sich fragen, ob eine vereinbarte Kältezulage bei Arbeiten in einem Kühlhaus auch dann zu bezahlen ist, wenn der Arbeitnehmer zwar im Kühlhaus arbeitet, dieses aber infolge Revisionsarbeiten ausser Betrieb ist und damit Raumtemperatur aufweist. Oder beispielsweise wenn der Arbeitnehmer infolge eines Verkehrsstaus auf dem Weg von der Unternehmung zur Baustelle den Einsatzort nicht erreicht und deshalb auch keine Inkonvenienzen (Lärm, Staub o. ä.) erleidet.

4. Nachforderung von Lohnabzügen

Lohnabzüge werden erstaunlich häufig nicht in der richtigen Höhe abgezogen, womit die Arbeitgeberin später eine Nachzahlung oder, bei anfänglich zu tiefen Abzügen, eine Verrechnung oder gar Rückforderung vornehmen muss. Solche Lohnabzüge betreffen nicht nur die üblichen sozialversicherungsrechtlichen Beiträge wie AHV, IV, Arbeitslosenversicherung oder berufliche Vorsorge, sondern auch Quellensteuer oder Vollzugsbeiträge für Gesamtarbeitsverträge.

«Die Rückforderung von irrtümlich bezahlten bzw. dem Arbeitnehmer irrtümlich nicht belasteten Sozialversicherungsbeiträgen ist (...) prinzipiell zulässig (...)»⁹⁶. Allgemein wird davon ausgegangen, dass irrtümlich erfolgte Zahlungen nach den Bestimmungen des Bereicherungsrechts zurückzuerstatten sind⁹⁷. Eine vertragliche Anspruchsgrundlage kommt nach Auffassung von PORTMANN nur dann in Betracht, wenn die Rückerstattung irrtümlicher Zahlungen vertraglich vereinbart wurde⁹⁸.

Bei der nachträglichen Geltendmachung von Sozialabzügen ist darüber zu entscheiden, ob Rückforderungs- oder Verrechnungsansprüche der Arbeitgeberin nicht deshalb verwirkt sind, weil sie wusste oder hätte wissen müssen, dass solche Abzüge auf dem Bruttolohn vorzunehmen sind. Im Sinne einer Verwirkung entschied das Arbeitsgericht Zürich, der Entscheid wurde von der Rechtsmittelinstanz jedoch aufgehoben, und die Arbeitgeberin durfte die vom Arbeitnehmer geltend gemachte Restforderung mit nachträglich in Rechnung gestellten BVG-Abzügen verrechnen⁹⁹. Aber auch bei der nachträglichen Rückforderung oder Verrechnung von Sozialabzügen ist die Gerichtspraxis uneinheitlich: Von einer stillschweigenden Lohnerhöhung ging das Gewerbegericht Zürich aus, nachdem es der Arbeitgeber während vier Jahren versäumt hatte, AHV-Beiträge für die durch den Arbeitnehmer genutzte Dienstwohnung abzuziehen und auf den Lohnabrechnungen keine Vorbehalte anbrachte¹⁰⁰. Ebenso abgelehnt wurde ein nachträglich vorgenommener AHV-Abzug durch Verrechnung, weil der anwendbare GAV des Gastgewerbes für ein solches Vorgehen eine schriftliche

Vereinbarung verlangte. Ohne eine solche Abrede war ein nachträglicher Abzug von Sozialversicherungsbeiträgen nach mehr als drei Monaten verwirkt¹⁰¹. Zum Teil wurden solche nachträglichen Abzüge jedoch unter Anwendung der Grundsätze des Bereicherungsrechts zugelassen¹⁰².

Rückforderungen oder Nachbelastungen im Zusammenhang mit Quellensteuern sind ebenfalls nach Bereicherungsrecht abzuwickeln, weshalb (Rück-)Forderungen aus diesem Grund ebenfalls einer einjährigen Verjährungsfrist unterliegen¹⁰³.

5. Rückforderung von Lohnfortzahlung oder Versicherungsleistungen

Eine Lohnfortzahlung durch die Arbeitgeberin wird wohl immer dann irrtümlich geleistet, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass der vermeintlich gesunde Arbeitnehmer krank war. Umgekehrt kann aber auch passieren, dass der vertrauensärztliche Untersuchungsbericht ergibt, dass der als krank vermutete Arbeitnehmer arbeitsfähig war. Ebenfalls in diese Kategorie fallen Zahlungen der Arbeitgeberin, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass die Voraussetzungen nach Art. 324a OR nicht gegeben waren, bspw. weil dem Arbeitnehmer eine verschuldete Arbeitsunfähigkeit vorgeworfen werden kann oder er schlicht «Blautage» bezog (erschlichene Lohnfortzahlung). Ergeben sich in solchen Fällen im Rahmen einer nachträglichen Abrechnung Differenzen, ist die Arbeitgeberin zur Rückforderung oder Verrechnung berechtigt¹⁰⁴. Bleibt ein vermeintlich kranker Arbeitnehmer dem Arbeitsplatz fern und bescheinigt der Vertrauensarzt später dessen Arbeitsfähigkeit, fällt der Lohnanspruch des Arbeitnehmers mangels Arbeitsleistung dahin. In solchen Fällen resultieren erhebliche Abrechnungsdifferenzen, die es einzufordern gilt.

Kein Irrtum liegt vor, wenn die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer freiwillig die Differenz zwischen Krankentaggeldern und dem vollen Bruttolohn auszahlt¹⁰⁵. Ebenso wenig wird die Arbeitgeberin einen Irrtum geltend machen können, wenn sie bspw. weiss, dass die Versicherung keine Leistungen erbringen wird, dem Arbeitnehmer den Lohn jedoch trotzdem zahlt. Auch dies dürfte als freiwilli-

⁹⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 322 N 14.

⁹⁷ BSK OR-PORTMANN (FN 10), Art. 322 N 10; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 18), Art. 322 N 44; ZK-STAEHELIN (FN 18), Art. 322 N 43; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 322 N 14; BGE 133 III 356 (Kreditkartenvertrag).

⁹⁸ BSK OR-PORTMANN (FN 10), Art. 322 N 10.

⁹⁹ Vgl. AGer ZH, Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2008, Nr. 8, Urteil vom 1. Februar 2008 = JAR 2009, 691.

¹⁰⁰ GewG ZH, in JAR 1980, 232.

¹⁰¹ AGer ZH, in JAR 1988, 405.

¹⁰² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 322 N 14 m. V. a.: AGer ZH in JAR 1990, 144; JAR 1985, 136; AGer und OGer ZH in ZR 1990 Nr. 26 = JAR 1990, 147.

¹⁰³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 322 N 14, m. V. a. RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2. A., Bern 2008, 181.

¹⁰⁴ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 324a/b N 12 am Ende.

¹⁰⁵ ZK-STAEHELIN (FN 18), Art. 322 N 43.

ge Zahlung einer Nichtschuld nach Art. 63 Abs. 1 OR gelten, sofern die Arbeitgeberin (mangels Versicherungsleistung) nicht ohnehin eine Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR trifft.

Ob eine vertragliche Vereinbarung zur Lohnfortzahlungspflicht insgesamt gleichwertig im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR ist, beurteilt sich nach dem sog. «Einheitskredit»: Die verschiedenen Gründe möglicher Arbeitsverhinderungen sind bei der Prüfung zusammen zu betrachten¹⁰⁶. Leistete die Arbeitgeberin zu Beginn des Jahres Lohnfortzahlungen aus anderen Gründen als Krankheit, so kann sie, falls später die Krankentaggeldversicherung ihrerseits Leistungen erbringt und das vertraglich vereinbarte Minimum «übererfüllt», die früher geleistete Lohnfortzahlung zurückfordern, und zwar nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung¹⁰⁷.

Wohl begründet sind Rückforderungs- oder Verrechnungsansprüche gegenüber dem Arbeitnehmer, wenn dieser zu Unrecht seine Mitwirkungspflichten verletzt und die Versicherung deshalb ihre Leistungen verweigert¹⁰⁸. Meines Erachtens muss sich ein Arbeitnehmer in solchen Fällen eine Sorgfaltspflichtverletzung durch Unterlassen¹⁰⁹ vorwerfen lassen, was eine Schadenersatzpflicht zur Folge hat. PORTMANN/STÖCKLI bezeichnen diesen Anspruch als «vertraglichen Schadenersatzanspruch», welcher einer zehnjährigen Verjährungsfrist unterliegt¹¹⁰. Zu beachten ist jedoch auch in solchen Fällen die strenge Rechtsprechung bezüglich Verwirkung wegen zu später Geltendmachung des Schadens¹¹¹. Diesbezüglich anders verhielt es sich jedoch in einem bei STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH erwähnten Fall, wo die Versicherung ihre Taggelder zwar zu Recht zurückforderte, auf das Arbeitsverhältnis aber ein Gesamtarbeitsvertrag anwendbar war, welcher der Arbeitnehmerin einen unbedingten Anspruch zusicherte¹¹².

¹⁰⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 324a/b N 24: «Es gibt (...) nur einen Kredit für alle Verhinderungsgründe zusammen (...), weshalb es auch nur eine Gleichwertigkeit gibt.»

¹⁰⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 324a/b N 7.

¹⁰⁸ Vgl. beispielsweise das in STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), (Art. 321e N 11) erwähnte Urteil des AGer ZH vom 11. Dezember 1989, in welchem die Ausgleichskasse mangels Mitwirkung des Arbeitnehmers die Auszahlung von Kinderzulagen verweigerte, welche die Arbeitgeberin anschliessend zurückforderte.

¹⁰⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 321e N 4.

¹¹⁰ PORTMANN/STÖCKLI (FN 18), Rz. 644. Zustimmend in Bezug auf die Verjährung: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 321e N 14.

¹¹¹ Vgl. ausführlich STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 321e N 14, und jüngst auch AGer ZH, Urteil vom 14. September 2012, Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2012, Nr. 3.

¹¹² Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 356 N 14 m. V.a. TA Ti in RtiD 2006 I 60c.

6. Rückforderung wegen zu viel bezogener Ferien

6.1. Voraussetzungen

Am Ende des Arbeitsverhältnisses werden die bestehenden Ansprüche saldiert und nicht bezogene Ferien ausbezahlt. Wie verhält es sich, wenn der Arbeitnehmer in der «Ferienschuld» steht, also zu viele Ferientage bezogen hat? Die kantonale Rechtsprechung zu dieser Frage ist uneinheitlich¹¹³ und auch in der Lehre finden sich insbesondere bei Detailfragen unterschiedliche Meinungen. Einigkeit besteht bei diversen Autoren zu folgenden Aspekten:

- a) Eine Pflicht zur Rückzahlung zuviel bezogener Ferien bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht dann, wenn dies vertraglich vereinbart wurde¹¹⁴. Eine solche Vereinbarung kann sowohl ausdrücklich (in einem schriftlichen Arbeitsvertrag) als auch konkludent geschlossen werden¹¹⁵. Von einer konkludenten Vereinbarung wird insbesondere dann ausgegangen, wenn der Ferienbezug auf Wunsch des Arbeitnehmers erfolgte und dieser bezogene Feriensaldo infolge Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht abgearbeitet werden kann¹¹⁶.
- b) Wurden die Ferien durch den Arbeitgeber angeordnet (bspw. Bezug während der Betriebsferien), besteht ein Rückforderungsanspruch nur, wenn dies ausdrücklich vereinbart wurde¹¹⁷, denn aufgrund der arbeitgeberseitigen Anordnung des Ferienbezuges dürfte eine stillschweigende Vereinbarung zu verneinen sein. Fehlt es an einer solchen ausdrücklichen Vereinbarung, gehen diverse Autoren von einem Rückforderungsanspruch nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung aus, was aber wegen «gutgläubigem Verbrauch» nach Art. 64 OR scheitern wird¹¹⁸.

¹¹³ Vgl. BSK OR-PORTMANN (FN 10), Art. 329d N 10; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 329a N 9.

¹¹⁴ BSK OR-PORTMANN (FN 10), Art. 329d N 7; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 329a N 9; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 329d N 13; ZK-STAEHELIN (FN 18), Art. 329c N 19; VISCHER (FN 81), 189.

¹¹⁵ BSK OR-PORTMANN (FN 10), Art. 329d N 8; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 329a N 9; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 18), Art. 329d N 13; ZK-STAEHELIN (FN 18), Art. 329c N 19; VISCHER (FN 81), 189.

¹¹⁶ BSK OR-PORTMANN (FN 10), Art. 329d N 8; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 329d N 13.

¹¹⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 329a N 9; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 329d N 13; VISCHER (FN 81), 189 f.

¹¹⁸ BSK, OR-PORTMANN (FN 10), Art. 329d N 9; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 18), Art. 329d N 13; ZK-STAEHELIN (FN 18), Art. 329c N 18; offen gelassen: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 329a N 9; VISCHER (FN 81), 189.

- c) Die Art und Weise der Kündigung spielt ebenfalls eine Rolle: Bei fristloser Kündigung wird danach unterschieden, ob diese gerechtfertigt war oder nicht: «Bei gerechtfertigter fristloser Kündigung durch den Arbeitgeber oder bei ungerechtfertigter fristloser Kündigung durch den Arbeitnehmer ist die Rückzahlungspflicht grundsätzlich zu bejahen, bei ungerechtfertigter fristloser Kündigung durch den Arbeitgeber oder bei gerechtfertigter fristloser Kündigung durch den Arbeitnehmer dagegen nicht (...)»¹¹⁹.

6.2. Anspruchsgrundlage

Stützt sich der Rückforderungsanspruch wegen zuviel bezogener Ferien auf eine vertragliche Grundlage, oder hat er sich auf die Bestimmungen der ungerechtfertigten Bereicherung zu berufen?

Wie soeben aufgezeigt, wird beim Rückforderungsanspruch danach unterschieden, ob eine vertragliche Vereinbarung getroffen wurde oder nicht¹²⁰. Kann sich die Arbeitgeberin auf eine ausdrückliche oder konkludente Vertragsvereinbarung berufen, steht ihm offenbar ein vertraglicher Anspruch zu. Ohne eine solche Vereinbarung hat er sich mit den Vorschriften des Bereicherungsrechts¹²¹ zu begnügen, wobei die Rückforderung nach Auffassung diverser Autoren am bereits erfolgten gutgläubigen Verbrauch scheitern wird¹²².

Meines Erachtens ist es der Rechtssicherheit nicht dienlich, dass sich die Frage nach der Anspruchsgrundlage des Rückforderungsanspruches wohl danach beantwortet, ob im Zeitpunkt der Festlegung des Ferienbezuges zwischen Arbeitgeber und -nehmer eine womöglich nur konkludente Vereinbarung getroffen wurde oder nicht. Und zudem müsste bei einer Rückforderung nach Art. 64 OR eine Gutgläubigkeit des Arbeitnehmers wohl dann verneint werden, wenn dieser im Zeitpunkt des Ferienbezuges bereits wusste oder damit rechnete, dass das Arbeitsverhältnis nicht bis zum Ende des laufenden Jahres andauern wird (der Arbeitgeberin dies aber nicht mitteilte). Ebenso offen ist die Rechtslage, wenn der Arbeitnehmer bspw. im ersten Quartal die von ihm gewünschten Ferien bezog, obwohl er wusste, dass jeden Sommer Betriebsferien zu beziehen sind, welche zu Beginn des

Jahres auch schon kommuniziert worden sind. Bezieht sich der Rückforderungsanspruch auf die im Januar (auf Wunsch des Arbeitnehmers) bezogenen Ferien oder als Folge der im Sommer angesetzten Betriebsferien?

Eine meines Erachtens prüfenswerte Meinung vertritt PIETRUSZAK: «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.»¹²³ Je nachdem, ob die Arbeitgeberin den Ferienbezug anordnete oder dieser auf Wunsch des Arbeitnehmers erfolgte, ist die zu wenig geleistete Arbeit der einen oder anderen Partei anzulasten. Die Rückforderung wegen zuviel bezogener Ferien richtet sich somit nach denselben Regeln wie bei Minusstunden¹²⁴.

6.3. Rückforderung des Ferienlohnes wegen Schwarzarbeit

«Die Sanktion für unerlaubte Ferienarbeit ist Verweigerung des Ferienlohnes bzw. dessen Rückforderung, wenn die Auszahlung erfolgt war, ohne dass der Arbeitgeber von der Ferienarbeit Kenntnis hatte.»¹²⁵ Die Frage, ob sich die Arbeitgeberin für die Rückforderung des bezahlten Lohnes auf eine vertragliche Anspruchsgrundlage oder eine solche aus ungerechtfertigter Bereicherung abstützen muss, wird sich wohl deshalb nicht stellen, weil Art. 329d Abs. 3 OR selbst ein solches Rückforderungsrecht vorsieht. Bei Rückforderungen von Provisionen findet sich ebenfalls eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung¹²⁶, trotzdem geht das Bundesgericht diesbezüglich von einem vertraglichen Anspruch aus¹²⁷.

6.4. Analoge Anwendbarkeit für Urlaubs-, Frei- oder Freitage?

Hat der Arbeitnehmer zu viel Urlaubs-, Frei- oder Feiertage bezogen, ist dieses Manko in analoger Anwendung der Vorschriften des Arbeitsgesetzes betreffend ausgefallene Arbeitszeit¹²⁸ innert 14 Wochen zu kompensieren¹²⁹.

¹¹⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 329a N 9 m. V. a. HANS-PETER EGLI, in ArbR 2006, 145f.

¹²⁰ Vgl. vorne, Ziff. 6.1.

¹²¹ Art. 62 ff. OR.

¹²² Art. 64 OR; BSK, OR-PORTMANN (FN 10), Art. 329d N 9; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 18), Art. 329d N 13; ZK-STAEHELIN (FN 18), Art. 329c N 18; offen gelassen: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 329a N 9; VISCHER (FN 81), 189.

¹²³ THOMAS PIETRUSZAK, Urteilsbesprechung in ARV 2009, 126 f.

¹²⁴ Vgl. hinten Ziff. 7, S. 19.

¹²⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 329d N 17; Vgl. dazu auch: ZK-STAEHELIN (FN 18), Art. 329d N 19; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 18), Art. 329d N 17, BSK, OR-PORTMANN (FN 10), Art. 329d N 18.

¹²⁶ Art. 322b Abs. 3.

¹²⁷ Vgl. vorne, FN 45.

¹²⁸ Art. 11 ArG i. V. m. Art. 24 ArGV 1.

¹²⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 329 N 4; ZK-STAEHELIN (FN 18), Art. 329 N 6.

Unterlässt die Arbeitgeberin innert dieser Frist die Anordnung zusätzlicher Arbeitsleistung, gilt ein Verrechnungs- oder Rückforderungsanspruch als verwirkt, wenn das Arbeitsverhältnis längere Zeit ohne namhafte Störung verlief und von einem Rückforderungsanspruch nie die Rede war¹³⁰.

Über die Anspruchsgrundlage für eine solche Rückforderung schweigen sich Literatur und Rechtsprechung, soweit ersichtlich, aus. Denkbar wären meines Erachtens zwei Ansätze: Einerseits könnte man zuviel bezogene Urlaubs-, Frei- oder Feiertage in rechtlicher Hinsicht wie zuviel bezogene Ferien behandeln. Die Folge wäre, dass sich die Arbeitgeberin auf eine vertragliche Anspruchsgrundlage berufen kann, wenn die Pflicht zur Rückzahlung vereinbart wurde. Existiert keine Vertragsvereinbarung, richtet sich der Rückforderungsanspruch nach Bereicherungsrecht¹³¹. Andererseits wäre meines Erachtens auch denkbar, dass zuviel bezogene Feiertage rechtlich wie Minusstunden zu behandeln sind¹³². Welche der beiden Lösungen zum Tragen kommt, könnte nicht zuletzt von der Art und Weise der Arbeitszeiterfassung abhängen. Wird ein zuviel bezogener Feiertag nicht als «Arbeitstag» (wie die Ferien), sondern einfach mit der täglich zu leistenden Arbeitszeit verbucht, fliesst der Negativsaldo in die zu leistende Arbeitszeit ein und es resultiert nicht ein zu hoher Ferienbezug, sondern eine zu tiefe Arbeitszeit.

7. Rückforderung infolge Minusstunden, insbesondere bei Vertragsende

Zur Frage, ob und wann die Arbeitgeberin als Folge von Minusstunden des Arbeitnehmers einen Lohnabzug vornehmen darf, äusserte sich das Bundesgericht wie folgt¹³³: Auszugehen ist vom Grundsatz, dass ohne Arbeitsleistung kein Lohn zu bezahlen ist¹³⁴. Sofern kein gesetzlicher Ausnahmetatbestand vorliegt, bei welchem die Arbeitgeberin den Lohn trotz fehlender Arbeitsleistung zu bezahlen hat¹³⁵, ist ein Lohnabzug gerechtfertigt¹³⁶.

Für die Rückforderung (nicht nur Verrechnung) eines infolge von Minusstunden zuviel ausbezahlten Lohnes muss sich die Arbeitgeberin wohl zusätzlich die Frage entgegen halten lassen, weshalb sie den vollen Lohn auszahlte, wenn dieser nun wieder zurückgefordert werden soll. Insbesondere das Arbeitsgesetz kennt detaillierte Vorschriften zur Arbeitszeiterfassung¹³⁷, weshalb sich die Arbeitgeberin nur in besonderen Fällen wird darauf berufen können, von den Minusstunden nichts gewusst zu haben. Davon ausgenommen sind Fälle, in welchen entweder keine arbeitgeberseitige Pflicht zur Arbeitszeiterfassung bestand oder die Arbeitgeberin durch den Arbeitnehmer (absichtlich) getäuscht wurde.

STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH gehen bei Verrechnung von einem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung aus¹³⁸. Dies dürfte auch gelten, wenn die Arbeitgeberin ihre Ansprüche nicht verrechnen kann und diese zurückfordern muss. Fragen kann man sich, ob bei Vorliegen einer entsprechenden Bestimmung in Vertrag oder Reglement – wie bei zu viel bezogenen Ferien¹³⁹ – nicht ebenfalls von einer vertraglichen Anspruchsgrundlage auszugehen ist¹⁴⁰.

Bezahlt die Arbeitgeberin trotz Minusstunden den vollen Lohn vorbehaltlos aus, läuft sie nach aktueller Praxis Gefahr, dass sie ihren Anspruch auf Rückforderung oder Verrechnung verwirkt. PIETRUSZAK verweist diesbezüglich auf die Rechtsprechung zum Schadenersatzrecht, wonach die Arbeitgeberin ihr bekannte oder erkennbare Schäden bis spätestens zum Ende des Arbeitsverhältnisses geltend machen muss, andernfalls die Ansprüche verwirkt sind¹⁴¹. Die diesbezügliche Gerichtspraxis ist nicht nur inkonsistent, sondern wird zum Teil sogar noch verschärft: Gerichte unterer Instanzen gingen schon dann von einem arbeitgeberseitigen Verzicht aus, wenn die Schadenersatzforderung nicht bei der nächsten Lohnzahlung geltend gemacht wurde¹⁴². In einem Urteil aus dem Jahre 2006 erklärte das Arbeitsgericht Zürich¹⁴³:

¹³⁷ Vgl. Art. 73 ArGV 1.

¹³⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 322 N 13.

¹³⁹ Vgl. vorne, Ziff. 6.1.

¹⁴⁰ Dies dürfte insbesondere in den Fällen von Gleitzeitarbeit der Fall sein, wo der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit selbst einteilen kann, das Reglement jedoch vorschreibt, den Arbeitszeitsaldo bis zum Vertragsende auszugleichen, andernfalls werden Minusstunden vom Lohn abgezogen.

¹⁴¹ PIETRUSZAK (FN 123), 126, m. V. a. VISCHER (FN 81), 195. Zu Recht kritisch BSK OR-PORTMANN (FN 10), Art. 321e N 23, mit diversen Verweisen.

¹⁴² Vgl. dazu die Verweise in BSK OR-PORTMANN (FN 10), Art. 321e N 23 und VISCHER (FN 81), 195 Fn. 15. Vgl. auch AGer ZH.

¹⁴³ Entscheide 2006 Nr. 5, Urteil vom 22. Dezember 2006, wobei die Berufung im Publikationszeitpunkt noch anhängig war. Kritisch:

¹³⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 329 N 4. Enger: ZK-STAEHELIN (FN 18), Art. 329 N 6 m. V. a. AppGer BS in JAR 1982, 134.

¹³¹ Vgl. vorne, Ziff. 6.2.

¹³² Vgl. nachfolgend, Ziff. 7.

¹³³ BGer 4A_291/2008 E. 3.2 = JAR 2009, 429 ff.

¹³⁴ M. V. a. Art. 82 OR.

¹³⁵ Lohnfortzahlung nach Art. 324a f. OR, Annahmeverzug nach Art. 324 OR.

¹³⁶ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 322 N 13 und die Kommentierung des Bundesgerichtsentscheides durch PIETRUSZAK (FN 123), 124 ff.

«Soweit er frühere Löhne voll ausbezahlt hat, hat er seine vertragliche Schuldpflicht erfüllt und offensichtlich keine Einrede wegen Minderarbeitszeit erhoben. Ebenso wurde nie ein Vorbehalt gemacht. Ein nachträglicher Abzug für frühere Monate ist somit nicht statthaft. Auf die Provision darf im Übrigen kein Abzug wegen Minderarbeitszeit angebracht werden, da eine solche ja gerade auf den Abschluss von Geschäften und nicht auf die Erbringung von Arbeitszeit geschuldet ist.»

Beachtlich ist nicht nur, dass das Arbeitsgericht Zürich der Arbeitgeberin die Verrechnung wegen Verwirkung verweigerte, sondern auch die Vornahme eines Abzuges auf der Provision untersagte. Dies mit dem Argument, dass bei solchen Zahlungen gerade nicht die Leistung einer bestimmten Arbeitszeit geschuldet ist, sondern einzig um den Abschluss von Geschäften geht. Das Bundesgericht schützt die in BGE 110 III 344 statuierte Rechtsprechung, liess aber in einem jüngeren Entscheid mit Verweis auf ablehnende Meinungen der Lehre offen, ob die noch strengere kantonale Praxis zu schützen ist¹⁴⁴.

8. Rückforderung von Aus- oder Weiterbildungsbeiträgen

8.1. Vertragsvereinbarung als Voraussetzung

Beteiligt sich die Arbeitgeberin finanziell an einer Aus- oder Weiterbildung ihres Arbeitnehmers, werden nicht selten Vereinbarungen getroffen, wonach letzterer noch eine bestimmte Zeit im Unternehmen zu bleiben hat¹⁴⁵. Endet das Arbeitsverhältnis vorzeitig, kann vereinbart werden, dass der Arbeitnehmer den erhaltenen Beitrag vollumfänglich oder teilweise zurückerstatten muss. Ebenfalls zulässig sind Vereinbarungen, bei welchen der Arbeitnehmer bei vorzeitigem Ausscheiden nicht nur den erhaltenen finanziellen Beitrag, sondern auch den Lohn für die dafür aufgewendete Arbeitszeit zurückzahlen hat¹⁴⁶. Nachfolgend nicht näher eingegangen wird auf die Frage, wie solche Rückzahlungsvereinbarungen zu gestalten sind und auch nicht auf die Abgrenzung zwischen der zwingend unentgeltlichen, unternehmensspezifischen

STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 322 N 13, welche feststellen, dass für diese Auffassung eine gesetzliche Grundlage fehlt.

¹⁴⁴ BGer 4A_351/2011 E. 2.2 f., vgl. dazu ausführlicher hinten, FN 165.

¹⁴⁵ Vgl. dazu ANDRÉ LERCH Arbeitsrechtliche Rückzahlungsvorbehalte für Aus- und Weiterbildungskosten, in: *Anwaltsrevue* 2012 24 ff., 26.

¹⁴⁶ BGer 4D_13/2011 vom 14.4.2011, Vorinstanz TC VD in JAR 2011, 600.

Ausbildung oder Einarbeitung¹⁴⁷ einerseits und allgemeinen Aus- oder Weiterbildungen, bei welchen Rückzahlungsklauseln zulässig sind, andererseits¹⁴⁸.

8.2. Anspruchsgrundlage

Da der Anspruch der Arbeitgeberin auf Rückvergütung solcher Kosten eine vertragliche Vereinbarung bedingt¹⁴⁹, stützt sich eine allfällige Rückforderungsklage auf eine vertragliche Anspruchsgrundlage. Nach Auffassung von LERCH gelten die üblichen Voraussetzungen für die Gültigkeit von Rückzahlungsvereinbarungen auch dann, wenn die Vertragsvereinbarung nicht als solche, sondern als Darlehen ausgestaltet wurde¹⁵⁰. Fehlt es an einer Vertragsvereinbarung, fällt auch die Rückzahlungspflicht dahin, weshalb die Anspruchsgrundlage der ungerechtfertigten Bereicherung wohl nicht in Frage kommen wird. Zudem dürfte eine Rückforderung aus ungerechtfertigter Bereicherung auch daran scheitern, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Rückforderung gar nicht mehr bereichert ist¹⁵¹.

9. Ansprüche aus separaten Verträgen

Wie im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag bereits erwähnt¹⁵², ist die Vereinbarung gemischter Verträge zwischen Arbeitgeberin und -nehmer möglich und zulässig. Ebenso gibt es Fälle, in welchen die Parteien zusätzliche, vom Arbeitsvertrag unabhängige Verträge abschliessen¹⁵³. Beim Inkasso ausstehender Forderungen aus solchen Verträgen wird sich die Arbeitgeberin regelmässig auf eine vertragliche Anspruchsgrundlage abstützen, womit sie nicht auf die Bestimmungen des Bereicherungsrechts angewiesen ist. Dies bedeutet jedoch nicht,

¹⁴⁷ Deren Kosten als Berufsauslagen gelten und daher durch die Arbeitgeberin zu tragen sind (vgl. ZK-STAEHELIN [FN 18], Art. 327a N 3).

¹⁴⁸ Vgl. dazu die ausführlichen Darstellungen mit reicher Kasuistik in STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 327a N 7 oder BSK OR-PORTMANN (FN 10), Art. 327a N 3 ff.

¹⁴⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 327a N.

¹⁵⁰ LERCH (FN 150), 26.

¹⁵¹ Art. 64 OR.

¹⁵² Vgl. vorne, FN 73.

¹⁵³ Bsp.: Der Arbeitnehmer kauft bei der Arbeitgeberin Produkte (Kaufvertrag) oder bezieht eine Dienstleistung. Solche Verträge sind sicherlich häufig dann anzutreffen, wenn die Arbeitgeberin eine alltägliche Marktleistung anbietet (Verkauf Lebensmittel, Bankkonto des Mitarbeiters bei seiner Arbeitgeberin, Telefonabonnement eines Angestellten der Swisscom, etc.).

dass bei separaten Verträgen die Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts nicht zu beachten sind. So gilt bspw. die in Art. 323b Abs. 2 OR vorgegebene Verrechnungsgrenze auch für solche Forderungen, die auf einem separaten Vertrag basieren und damit nicht arbeitsrechtlicher Natur sind¹⁵⁴. Auch der relativ zwingende Charakter von Art. 323a OR (Lohnrückbehalt) greift bei separaten Vertragsverhältnissen, was einer Bank zum Verhängnis wurde, welche für die Rückforderung von Weiterbildungsspesen das Privatkonto ihres Arbeitnehmers sperrte¹⁵⁵.

10. Mögliche Einreden gegen eine Rückforderung

So klar die gesetzliche Regelung scheint, so vielfältig sind die Gerichtsurteile, in welchen Rückforderungsklagen oder Verrechnungseinreden für bereits ausbezahlter Provisionen (oder Vorschüsse) abgewiesen wurden. Es finden sich verschiedene Konstellationen, bei welchen der Provisionsanspruch in der ausbezahlten Höhe nicht entstanden oder nachträglich dahingefallen war, eine nachträgliche Rückforderung bzw. Verrechnung durch das Gericht aber trotzdem abgelehnt wurde.

10.1. Fehlende Bezeichnung als «Vorschuss», unklare Vertragsvereinbarungen oder zu hohe Zahlungen

Nicht selten leistet der Arbeitgeber auf noch nicht verdiente Provisionen einen Lohnvorschuss. Sobald die Provision entstanden und zur Zahlung fällig ist, erfolgt die definitive Abrechnung. Ist der Vorschuss zu grosszügig oder entspricht das effektiv erzielte Provisionsvolumen nicht den ursprünglichen Erwartungen, entstehen Negativsaldi zu Lasten des Arbeitnehmers in erheblicher Höhe. Die Gerichte hatten sich schon mehrfach solchen Rückforderungsklagen auseinander zu setzen, welche aus folgenden Gründen abgewiesen wurden:

- a) Die Arbeitgeberin unterlässt es, Zahlungen als «Vorschuss» oder «Akontozahlungen» zu bezeichnen und/oder der schriftliche Arbeitsvertrag bringt nicht klar zum Ausdruck, dass eine Pflicht zur Rückzahlung besteht, falls das bevorschusste Provisionsniveau nicht

erreicht wird. In solchen Fällen wird die Vertragsvereinbarung gemäss der gelebten Praxis zu Gunsten des Arbeitnehmers ausgelegt, was zur Folge hat, dass der vermeintliche Vorschuss als Festlohn qualifiziert wird und nicht mehr zurückgefordert werden kann¹⁵⁶.

- b) Die Arbeitgeberin zahlt einen zu hohen Lohn aus oder verzichtet über längere Zeit auf eine Saldierung und Abrechnung von Vorschüssen, Minusstunden oder ähnlichen Schulden des Arbeitnehmers¹⁵⁷. «Wer elf Monate lang einen Lohn von 4'000 Franken bezahle, ohne mit hinreichender Deutlichkeit darzutun, dass der Lohnempfänger allenfalls zur Rückzahlung verpflichtet werden kann, handelt rechtsmissbräuchlich, wenn er nach Beendigung des Vertrags diese Löhne allesamt wieder zurückfordert»¹⁵⁸. Diesbezüglich sei jedoch erwähnt, dass die Rechtsprechung uneinheitlich ist¹⁵⁹.

Die erwähnten Beispiele betreffen hauptsächlich Rückforderungen von Provisionszahlungen bzw. Vorschüsse für zukünftige Provisionen. Rückforderungs- oder Verrechnungsansprüche beschränken sich jedoch nicht auf Provisionen nach Art. 322b OR, sondern können auch Leistungslohn nach Art. 322a OR betreffen: «Der Arbeitnehmer, der Vorschüsse auf den erhofften Gewinn erhält, muss sich freilich im Klaren sein, dass er den Vorschuss zurückbezahlen muss, wenn kein Gewinn erzielt wird bzw. der Anspruch kleiner ist als der Vorschuss (...)»¹⁶⁰.

¹⁵⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 323b N 5; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 18), Art. 323b N 7; ZK-STAEHELIN (FN 18), Art. 323b N 11.

¹⁵⁵ Urteil des Bundesgerichts vom 23. Oktober 1990 in JAR 1991, 194 f.

¹⁵⁶ KGer SG, JAR 2010, 567 E. 2.5; BGE 129 III 118 ff. = Pra 92 (2003) Nr. 123; BGer 4C.53/2005 E. 2 = JAR 2006, 61; TA TI, Urteil vom 12. April 2000, in JAR 2001, 237. Betreffend eine Zahlung nach Art. 322a OR: BGE 4C.320/2005 vom 30.3.2006 E.5.

¹⁵⁷ Vgl. dazu die Ausführungen in STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 322 N 13.

¹⁵⁸ NZZ Nr. 23, 29.1.2010, 19, m. V. a. AGer ZH, Urteil vom 22.9.2009 (AG090018), bestätigt durch OGer ZH mit Urteil vom 13.1.2010 (LA090019). Ähnlich: OGer LU, Urteil vom 13. März 2006, E. 4 in JAR 2007, 460; AGer ZH, Urteil vom 21.8.1981, in Entscheidungen des Arbeitsgerichtes Zürich aus den Jahren 1981 und 1982, Nr. 7.

¹⁵⁹ Beispielsweise Verzicht auf Einforderung von Minusstunden durch Zuwarten: AGer ZH in ZR 2002 Nr. 62, versus BGer 4A_291/2008 E. 3 = JAR 2009, 429. Das Obergericht Luzern verlangt eine Abrechnung spätestens per Ende des Jahres oder die Anbringung eines Vorbehaltes, andernfalls gelte der ausbezahlte Gesamtbetrag als anerkannt (JAR 2007, 459 E.4 = SAE 2007, 56). Demgegenüber liess das Bundesgericht einen Rückforderungsanspruch auch noch nach mehreren Jahren zu (BGE 126 III 119).

¹⁶⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 322a N 12, m.V.a. BGE 126 III 119 = JdT 2000 I 630 = JAR 2001, 195.

10.2. Entgegenstehende Vertragsvereinbarungen

Nicht selten ist der Arbeitgeberin die Rückforderung deshalb verwehrt, weil sich der Arbeitnehmer erfolgreich auf eine entgegenstehende Vertragsvereinbarung berufen kann. Häufiger als ausdrückliche Vereinbarungen werden implizite Vertragsvereinbarungen sein, aus welchen der Arbeitnehmer einen bedingungslosen Anspruch auf Zahlung ableiten konnte. Dazu einige Beispiele:

- a) Die Vertragsparteien vereinbaren eine erfolgsabhängige Entlohnung, die Arbeitgeberin garantiert dem Arbeitnehmer jedoch einen bestimmten Mindestlohn, welcher in Form von Provisionsvorschüssen ausbezahlt wird¹⁶¹.
- b) «Der Rückforderungsanspruch kann entfallen, wenn der Arbeitnehmer nach den Regeln des Vertrauensprinzips ausnahmsweise auf einen Bindungswillen des Arbeitgebers schliessen darf (...)»¹⁶². Dies sind die Fälle einer konkludenten Vertragsänderung zu Gunsten des Arbeitnehmers. Der häufigste Fall sind wohl die periodischen Lohnerhöhungen, anlässlich derer der schriftlich vereinbarte Arbeitsvertrag nicht angepasst wird. Darf oder durfte der Arbeitnehmer nach dem Vertrauensprinzip von einer Vertragsänderung zu seinen Gunsten ausgehen, besteht infolge Vertragsänderung kein Rückforderungsanspruch¹⁶³.

10.3. Verwirkung infolge unterlassener oder zu später Abrechnung

Unterlässt es die Arbeitgeberin, die ihr zustehenden Ansprüche abzurechnen oder nur schon zu kommunizieren, läuft sie Gefahr, dass ihre Ansprüche verwirken. Diverse kantonale Gerichte auferlegen der Arbeitgeberin die Pflicht, allfällige Rückforderungsansprüche mit der Lohnabrechnung des laufenden Monats geltend zu machen, andernfalls gilt der Anspruch als verwirkt¹⁶⁴. Weniger streng

ist die Praxis des Bundesgerichts, wonach der Arbeitgeber ihm bekannte oder erkennbare Schadenersatzforderungen spätestens bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses bzw. mit der letzten Lohnabrechnung gelten machen muss¹⁶⁵. Dazu führte es in BGer 4A_351/2011 aus¹⁶⁶:

«2.2 Das Gesetz enthält keinerlei Bestimmungen darüber, wann spätestens ein Schadenersatzanspruch gegenüber dem Arbeitnehmer geltend gemacht werden muss. Namentlich enthält das Bundesrecht keine besonderen Regeln über die Verjährung solcher Forderungen, so dass grundsätzlich die allgemeine zehnjährige Frist für Vertragsverletzungen gilt (Art. 127 OR). Von einem vorzeitigen Untergang der Forderung ist nur auszugehen, wenn der Arbeitnehmer nach den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts über den Vertragsabschluss aus dem Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben auf einen vertraglichen Verzicht nach Art. 115 OR schliessen kann. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann der Arbeitnehmer von einem Verzicht ausgehen, wenn es der Arbeitgeber unterlässt, Ansprüche, die ihm dem Umfang oder dem Grundsatz nach bekannt sind, vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend zu machen, insbesondere unter vorbehaltloser Auszahlung des letzten Lohnes. Die Beweislast für die Tatsachen, die auf einen Verzicht schliessen lassen, trägt der Arbeitnehmer (BGE 110 II 344 E. 2b S. 345 f.; Urteile 4C.155/2006 vom 23. Oktober 2006 E. 7.1.1; 4C.146/2003 vom 28. August 2003 E. 6.2).

Die weitergehende Ansicht und Praxis einiger kantonalen Gerichte, in Kenntnis aller Voraussetzungen der Schadenersatzforderung müsse der Arbeitgeber die Forderung bereits bei der nächsten Lohnzahlung durch Verrechnung geltend machen oder wenigstens einen entsprechenden Vorbehalt anbringen, andernfalls sein Anspruch in der Regel als verwirkt gelte (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2006, N. 34 zu Art. 321e OR; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl. 2005, N. 8 zu Art. 321e OR; FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl. 2005, S. 195, m.H. auf entsprechende kantonale Rechtsprechung), wird demgegenüber von einem Teil der Lehre als zu streng abgelehnt (REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 3. Aufl. 2010, N. 16 zu Art. 321e OR; PORTMANN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2007, N. 23 zu Art. 321e OR; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 6. Aufl. 2006, N. 14 zu Art. 321e OR).

Die Erklärung, dass Schadenersatzansprüche aus einem bestimmten Ereignis vorbehalten bleiben, genügt, um zu verhindern, dass beim Arbeitnehmer die berechtigte Erwartung entsteht, der Arbeitgeber verzichte auf Schadenersatz. Es braucht für den Vorbehalt keine Bezifferung, Verrechnung oder gar Klage (STAEHELIN, a.a.O., N. 34 zu Art. 321e OR). Jedoch muss der Arbeitgeber nach dem Ausgeführten ihm bekannte Ersatzforderungen – auch wenn er sie sich vorbehalten hat oder wegen Unpfändbarkeit des Lohnanspruchs nicht hat verrechnen können – auf alle Fälle spätestens bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses stellen, andernfalls Verzicht anzunehmen ist (BGE 110 II 344 E. 2b S. 346; REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N. 16 zu Art. 321e OR; STAEHELIN, a.a.O., N. 34 zu Art. 321e OR; als zu streng abgelehnt von STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 14 zu Art. 321e OR).»

¹⁶¹ Dies war der Fall in BGE 129 III 118 (= JAR 2003, 210 = Pra 92 [2003] Nr. 123), wo die Rückforderung deshalb verweigert wurde, weil eine feste monatliche Zahlung vereinbart wurde und die Parteien (also auch die Arbeitgeberin) gar nicht davon ausgingen, dass die mit dieser Zahlung abgegoltene Provision nicht erreicht würde (vgl. E. 2.6).

¹⁶² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 322 N 13.

¹⁶³ Zu den irrtümlichen Lohnzahlungen vgl. vorne, Ziff. 1.1.

¹⁶⁴ Vgl. BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 18), Art. 321e N 16, BSK OR-PORTMANN (FN 10), Art. 321e N 23 und STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 321e 14 je m. V. a. diverse Gerichtsurteile. Vgl. auch AGer ZH, Urteil vom 12. Juli 2011, in Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2011, Nr. 5; AGer ZH, Urteil vom 14. September 2012, in Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2012, Nr. 3.

¹⁶⁵ BGE 110 II 344, bestätigt in BGer 4A_351/2011 E. 2.2 f.

¹⁶⁶ Vgl. dort, E. 2.2.

STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH verneinen einen Bindungswillen nach dem Vertrauensprinzip auf jeden Fall dann, wenn es um die Rückforderung einzelner «Irrläufer» bei Lohnzahlungen geht. Zudem gebietet es die Interessenlage der Arbeitgeberin, welche in aller Regel deutlich gegen die Aufgabe des Rückforderungs- oder Verrechnungsrechts spricht, nur mit Zurückhaltung von einem Verzicht oder Verwirkung auszugehen¹⁶⁷.

10.4. Keine angemessene Entlohnung nach Art. 349a OR

Eine Vereinbarung, wonach der Lohn ausschliesslich oder vorwiegend aus einer Provision bestehen soll, ist nur gültig, sofern dies schriftlich vereinbart wurde und die Provision ein angemessenes Entgelt für die Tätigkeit des Arbeitnehmers ergibt¹⁶⁸. Resultiert für den Arbeitnehmer kein angemessenes Entgelt für seine Tätigkeit, steht der Arbeitgeberin kein Rückforderungsanspruch zu und auch eine Verrechnungseinrede wird geschützt werden¹⁶⁹.

10.5. (Falsche) Anwendung von Art. 350a OR

Wie vorne dargestellt¹⁷⁰, finden sich diverse Gerichtsentseide, welche die nachträgliche Rückforderung von Provisionen mit Berufung auf Art. 350a OR ablehnen. Diese Praxis ist nach Auffassung mehrerer gewichtiger Autoren falsch, da Art. 322b Abs. 3 OR Vorrang genießt, indem auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bereits ausbezahlte Provisionen abgerechnet und zurückgefordert werden dürfen, sofern die in jener Bestimmung genannten Bedingungen erfüllt sind¹⁷¹. Zur Notwendigkeit der Kenntnis des definitiven Geschäftsergebnisses für eine erfolgreiche Rückforderung überhöhter Akontozahlungen, vgl. das vorne¹⁷² Gesagte.

11. Verrechnung mit Gegenforderungen des Arbeitnehmers

11.1. Pfändbarkeit des Lohnes als Voraussetzung einer Verrechnung

In einer starken Position ist die Arbeitgeberin, wenn sie ihre Ansprüche mit noch ausstehenden Forderungen des Arbeitnehmers verrechnen kann. Wohl häufigster Fall ist die Verrechnung mit noch nicht ausbezahlten Lohn Guthaben, wobei hier die Grenzen von Art. 323b Abs. 2 OR zu beachten sind. Lohnforderungen dürfen nur soweit zur Verrechnung herangezogen werden, als diese pfändbar sind. Davon ausgenommen sind Ersatzforderungen für absichtlich zugefügten Schaden¹⁷³. Was alles unter «Lohn» im Sinne dieser Gesetzesbestimmung fällt, richtet sich nach Art. 93 SchKG, welcher das beschränkt pfändbare Einkommen definiert¹⁷⁴. Andere Forderungen als «Lohn», wie bspw. Gratifikationen, Treueprämien oder Pönalen aus missbräuchlicher oder ungerechtfertigt fristloser Kündigung fallen nicht unter Art. 323b Abs. 2 OR und dürfen vollumfänglich verrechnet werden¹⁷⁵.

Die Verrechnungsgrenze in Art. 323b Abs. 2 OR gilt nicht nur für arbeitsrechtliche, sondern für sämtliche Arten von Forderungen der Arbeitgeberin. Darlehensforderungen, Forderungen aus Kaufvertrag, Miete oder anderen Gründen darf die Arbeitgeberin ebenfalls nur bis zum Existenzminimum des Arbeitnehmers verrechnen¹⁷⁶. Die Möglichkeit zur Verrechnung ist für die Arbeitgeberin nicht nur deshalb attraktiv, weil es ihr das Forderungsin-kasso erspart. Verjährte Forderungen können auch dann zur Verrechnung gebracht werden, wenn sie im Zeitpunkt, als sie mit der Forderung des Arbeitnehmers hätten verrechnet werden können, noch nicht verjährt waren¹⁷⁷.

11.2. Gleichartigkeit der Forderungen als Voraussetzung?

«Die Verrechnung setzt allgemein Fälligkeit und Gleichartigkeit von Forderung und Gegenforderung voraus (...)

¹⁶⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 322 N 13, gl. M. BSK OR-PORTMANN (FN 10), Art. 322 N 11a, m. V. a. diverse Gerichtsentseide.

¹⁶⁸ Art. 349a OR, welcher für sämtliche Arbeitsverhältnisse gilt (BGE 139 III 215 E. 5.1 mit diversen Verweisen).

¹⁶⁹ Vgl. dazu Ziff. 1.2.4. AGer ZH, Urteil vom 22.9.2009, in Entscheidungen des Arbeitsgerichts Zürich 2009, Nr. 22.

¹⁷⁰ Vgl. Ziff. 1.2.3.

¹⁷¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 350a N 3, m. V. a. ZK-STAEHELIN (FN 18), Art. 350a N 2, BK-REHBINDER (FN 18), Art. 350a N 2 und weitere.

¹⁷² Vgl. Ziffer 6, FN 53.

¹⁷³ Art. 323b Abs. 2 OR.

¹⁷⁴ ZK-STAEHELIN (FN 18), Art. 323b N 10 mit diversen Beispielen und Entscheiden.

¹⁷⁵ Vgl. ANGELA HENSCH Die Sicherung des Lohnes; in: Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis (HRSG) Tagungsband St. Galler Tagung zum Arbeitsrecht, vom 29. November 2013, Rz. 25 ff.

¹⁷⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 323b N 5 m. V. a. BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 18), Art. 323b N 7; ZK-STAEHELIN (FN 18), Art. 323b N 11.

¹⁷⁷ Vgl. Art. 120 Abs. 3 OR.

(Art. 120 OR). Gleichartigkeit ist bei Geldforderungen stets gegeben.»¹⁷⁸ Im Ergebnis anders entschied hingegen das Arbeitsgericht Zürich in einem Urteil aus dem Jahre 2006, indem es feststellte: «Auf die Provision darf im Übrigen kein Abzug wegen Minderarbeitszeit angebracht werden, da eine solche ja gerade auf den Abschluss von Geschäften und nicht auf die Erbringung von Arbeitszeit geschuldet ist.»¹⁷⁹ Zudem wird auch die Frage diskutiert, ob die Verrechnung periodengerecht erfolgen muss, bspw. im Zusammenhang mit der Verrechnung des anderweitig erzielten Verdienstes im Falle einer ungerechtfertigt fristlosen Kündigung: Verdient der Arbeitnehmer im dritten Monat der hypothetischen Kündigungsfrist mehr als bei der ehemaligen Arbeitgeberin, ist zu klären, ob dieser Lohnüberschuss auf die zu bezahlenden ersten beiden Monatslöhne angerechnet werden darf¹⁸⁰.

11.3. Verrechnung mit Lohnrückbehalt oder Kautio

Eine weitere Möglichkeit zur Verrechnung bietet der Lohnrückbehalt nach Art. 323a OR, welcher jedoch in seiner Höhe sehr beschränkt ist. Immerhin hat dieser Rückbehalt den Vorteil, dass er vollumfänglich, also ohne die Pfändbarkeitsgrenze nach Art. 323b Abs. 2 OR, verrechnet werden darf¹⁸¹. Der relativ zwingende Charakter von Art. 323a OR wurde einer Bank zum Verhängnis, welche für die Rückforderung von Weiterbildungsspesen das Privatkonto ihres Arbeitnehmers sperrte¹⁸².

Art. 330 OR gibt der Arbeitgeberin das Recht, zur Sicherung ihrer Ansprüche vom Arbeitnehmer eine Kautio zu verlangen. «Im Gegensatz zum Lohnrückbehalt (...), wo die Grenzen sehr eng gezogen sind, werden Art und Höhe von Kautioen in keiner Weise beschränkt.»¹⁸³ Dies wirft die Frage auf nach dem Unterschied zwischen Lohnrückbehalt einerseits und Kautio andererseits. Beim

Lohnrückbehalt ist die Arbeitgeberin berechtigt, einen Teil des zur Zahlung fälligen Lohnes zurückzuhalten. Art. 323a OR auferlegt der Arbeitgeberin im Unterschied zur Kautio weder die Pflicht zur getrennten Aufbewahrung noch zur Leistung von Sicherheiten¹⁸⁴. Kommt hinzu, dass eine Kautio, soll sie effektiv als Sicherheit dienen, eine Leistung ist, die nicht (wie der Lohn) mit Ablauf der Zeit anfällt, sondern vom Arbeitnehmer bei Übergabe der abzusichernden Vermögenswerte an die Arbeitgeberin geleistet wird. Eine Arbeitgeberin wird einen zu hohen Lohnrückbehalt¹⁸⁵ in der Regel nicht mit dem Argument rechtfertigen, es handle sich um eine Kautio nach Art. 330 OR. In diesem Fall müsste sie diese nämlich getrennt aufbewahren und dem Arbeitnehmer Sicherheiten leisten.

Die Verrechnung einer Kautio durch die Arbeitgeberin mit eigenen Forderungen ist nur zulässig bzw. möglich, wenn eine Barkautio geleistet und die Privatverwertung bzw. die Verrechnung vertraglich vereinbart worden ist¹⁸⁶.

12. Anspruchsgrundlagen einer Rückforderung oder Verrechnung

12.1. Rückforderungsanspruch aus Vertrag

In Bezug auf die Anspruchsgrundlagen für die Rückforderung oder Verrechnung von Forderungen herrscht – soweit für mich ersichtlich – in der Literatur und noch mehr in der Rechtsprechung ein ziemliches Durcheinander¹⁸⁷. Bei der Rückforderung von Lohnzahlungen, sei es Zeit- oder Leistungslohn, wird mehrheitlich auf eine Anspruchsgrundlage aus Vertrag abgestellt¹⁸⁸. Davon

¹⁷⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 323b N 5. GL. ROGER PETER MORF, Basler Kommentar zum Privatrecht, OR I, Art. 1–529; 4. A., Basel 2007, Art. 120 N 10.

¹⁷⁹ Entscheide 2006 Nr. 5, Urteil vom 22. Dezember 2006, wobei die Berufung im Publikationszeitpunkt noch anhängig war. Kritisch: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 322 N 13, welche feststellen, dass für diese Auffassung eine gesetzliche Grundlage fehlt.

¹⁸⁰ Dagegen: BSK OR-PORTMANN (FN 10), Art. 337c N 3; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 337c N 5.

¹⁸¹ ZK-STAEHELIN (FN 18), Art. 323a N 8, BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 18), Art. 323a N 10, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 323a N 7.

¹⁸² Urteil des Bundesgerichts vom 23. Oktober 1990 in JAR 1991, 194f.

¹⁸³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 330 N 4.

¹⁸⁴ Vgl. Art. 330 Abs. 1 OR.

¹⁸⁵ Art. 323a Abs. 2 OR: Beispielsweise einen Betrag von mehr als einer Arbeitswoche.

¹⁸⁶ BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 18), Art. 330 N 15.

¹⁸⁷ Beispielsweise STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), welche in Art. 322 N 11 (S. 286) erwähnen, dass nach Ansicht des Arbeitsgerichts OW (versehentliche) Mehrfachzahlungen nach den Vorschriften des Bereicherungsrechts abzuwickeln seien. Der Rückforderungsanspruch sei jedoch eher vertraglicher Natur. Dies m. V. a. Art. 322 N 13 (S. 288), wo jedoch bei versehentlichen Zahlungen nach überwiegender Auffassung auf das Bereicherungsrecht abzustellen sei. Ähnlich BSK OR-PORTMANN (FN 10), welcher in Art. 322 N 10 bezüglich irrtümlicher Zahlungen auf das Bereicherungsrecht verweist, in derselben Note von einem vertraglichen Rückforderungsanspruch ausgeht (sofern dies vereinbart wurde). In Art. 322 N 11 unterstellt er die Rückzahlung von zuviel bezahltem Lohn jedoch wieder dem Bereicherungsrecht.

¹⁸⁸ Vgl. vorne, Ziff. 1.1 f.

ausgenommen werden irrtümliche Zahlungen¹⁸⁹. Macht es Sinn, die Frage der Rechtsgrundlage eines Rückforderungs- oder Verrechnungsanspruches davon abhängig zu machen, ob eine Zahlung willentlich oder irrtümlich erfolgte? Dazu zwei Beispiele:

- a) Die Arbeitgeberin zahlt eine Provision, welche sich nachträglich als ungerechtfertigt erweist. War die Provision nicht geschuldet, weil der im Vertragsgebiet nicht exklusiv tätige Arbeitnehmer nicht für den Vertragsabschluss verantwortlich war, muss sich die Arbeitgeberin auf Irrtum und damit auf Art. 62 ff. OR berufen. War der Arbeitnehmer verantwortlich für den Vertragsabschluss, blieb jedoch die Zahlung des Kunden aus, liegt eine vertragliche Anspruchsgrundlage vor.
- b) Ein Arbeitnehmer meldet sich krank, die Arbeitgeberin leistet Lohnfortzahlung. Im Zusammenhang mit der Abwicklung des Falles verweigert die Versicherung die Leistung von Krankentaggeldern, woraufhin die Arbeitgeberin den bereits ausbezahlten Lohn zurückfordert. Erfolgt die Rückforderung, weil der Arbeitnehmer gegenüber der Krankentaggeldversicherung seine Mitwirkung verweigerte¹⁹⁰, stellt dies einen Schadenersatzanspruch aus Vertrag dar. Stellt sich heraus, dass für die Arbeitgeberin infolge Selbstverschulden des Arbeitnehmers¹⁹¹ keine Lohnfortzahlungspflicht bestand, wurde die Zahlung irrtümlich geleistet, womit ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung vorliegt.

Solche Abgrenzungen führen in der Praxis zu erheblichen Problemen und Diskussionen¹⁹². Meines Erachtens beachtenswert ist der Ansatz von PORTMANN, welcher aufzeigt, dass eine Rückforderung gestützt auf eine vertragliche Anspruchsgrundlage nur dann in Frage kommt, wenn eine diesbezügliche Vereinbarung besteht¹⁹³. Verneint wird dabei die Idee, dass sich die Pflicht zur Rückleistung generell aus einer vertraglichen Nebenpflicht ergibt, weil zwischen der Treuepflicht (als Nebenpflicht) und der Arbeitspflicht (als Hauptpflicht) kein Zusammenhang beste-

he¹⁹⁴. Wichtig ist dabei, dass PORTMANN diesen Grundsatz unabhängig von der Art der Zahlung gelten lassen will¹⁹⁵. Einen ähnlichen Weg geht das Bundesgericht in BGE 133 III 356 ff. im Zusammenhang mit einer Nachforderung aus Kreditkartenvertrag¹⁹⁶:

«Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind im Rahmen eines Vertragsverhältnisses erfolgte Zahlungen, die sich nachträglich als irrtümlich und daher als grundlos erweisen, nicht stets als vertragliche Leistungen einzustufen. Rückerstattungsansprüche können vielmehr nach der allgemeinen Unterscheidung des Gesetzes wie andere Forderungen aus Vertrag, aus unerlaubter Handlung oder aus ungerechtfertigter Bereicherung entstehen und unterliegen je nach ihrem Entstehungsgrund verschiedenen Verjährungsfristen (BGE 130 III 504 E. 6.1 S. 510; 114 II 152 E. 2c/aa S. 156). Massgebend ist der Entstehungsgrund des Rückforderungsanspruches (Urteil des Bundesgerichts 4C.300/1993 vom 25. Februar 1994, E. 4c/bb). Zunächst ist stets zu prüfen, ob die zurückverlangte Leistung eine vertragliche Grundlage hatte und, falls dies zutrifft, ob sie auch aus Vertrag zurückgefordert werden kann (BGE 127 III 421 E. 3 S. 424 f.). Wer ohne jeglichen Vorbehalt in (vermeintlicher) Erfüllung des Vertrages mehr leistet als das vertraglich Geschuldete, kann die Differenz nach wie vor nur auf der Grundlage des Bereicherungsrechts zurückfordern (BGE 130 III 504 E. 6.2 S. 510 f.; 127 III 421 E. 3c/bb S. 426, je mit Hinweisen).»

Folgt man diesem Ansatz, gilt es auch bei irrtümlichen Zahlungen als erstes zu prüfen, ob bezüglich einer Pflicht zur Rückzahlung ungerechtfertigter Leistungen eine vertragliche Vereinbarung besteht. Die eingangs erwähnte Unterscheidung zwischen irrtümlichen Zahlungen und solchen, die aus einem anderen Grund zurückgefordert werden können, wird in diesem Bundesgerichtsentscheid nicht infrage gestellt.

Generalisiert man diesen Grundsatz für alle Arten von Rückforderungen, lässt sich meines Erachtens folgende These aufstellen:

1. Ein Rückforderungsanspruch stützt sich immer dann auf Vertrag, wenn dies so vereinbart wurde. Dies gilt sowohl für irrtümlich vorgenommene Zahlungen, als auch solche, die aus anderen Gründen später wieder zurückgefordert werden können¹⁹⁷.
2. Die Rückforderung irrtümlicher Zahlungen richtet sich nach dem Bereicherungsrecht, falls keine vertragliche Vereinbarung besteht.

¹⁸⁹ Vgl. vorne, Ziff. 1.1, letzter Absatz.

¹⁹⁰ Beispielsweise Formulare nicht ausfüllte oder einen vertrauensärztlichen Untersuchungsverweigerter.

¹⁹¹ Art. 324a Abs. 1 OR.

¹⁹² Beispiel gemäss lit. b: Liegt im Fall der selbstverschuldeten Arbeitsunfähigkeit tatsächlich ein Irrtum der Arbeitgeberin vor (Anspruch nach Art. 62 OR), oder verletzte der Arbeitnehmer mangels Aufklärung seine Informations- bzw. Treuepflicht (Schadenersatzanspruch aus Vertrag)?

¹⁹³ BSK OR-PORTMANN (FN 10), Art. 322 N 10.

¹⁹⁴ BSK OR-PORTMANN (FN 10), Art. 322 N 10. Anscheinend zustimmend: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 322 N 13.

¹⁹⁵ Erwähnt werden ausdrücklich eine irrtümliche Lohnzahlung, zu geringe Sozialversicherungsabzüge oder zu tiefe Quellensteuerabzüge (vgl. BSK OR-PORTMANN [FN 10], Art. 322 N 10).

¹⁹⁶ BGer 4C.437/2006 E. 3.2.1 = BGE 133 III 358 E. 3.2.1.

¹⁹⁷ BSK OR-PORTMANN (FN 10), Art. 322 N 10. Anscheinend zustimmend: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 322 N 13 und BGer 4C.437/2006 E. 3.2.1 = BGE 133 III 358 E. 3.2.1.

- 3) Die Anspruchsgrundlage zur Rückforderung von Zahlungen, die aus allen übrigen Gründen (als Irrtum) zurückgefordert werden können, ist vertraglicher Natur. Dies weil meines Erachtens ein Rückforderungsanspruch in solchen Fällen nur dann besteht, wenn:
- dies (ausdrücklich) vertraglich vereinbart wurde¹⁹⁸, oder
 - sich die Pflicht zur Rückzahlung direkt aus dem Gesetz, d.h. Arbeitsvertragsrecht ergibt, sei dies:
 - aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung zur Rückzahlung¹⁹⁹ oder Anrechnung²⁰⁰;
 - aufgrund einer Vorschussleistung durch die Arbeitgeberin (Zahlung, welche vor deren Fälligkeit geleistet wurde)²⁰¹.

Ob dieser Ansatz zu einem konsistenten Konzept zur Bestimmung der Anspruchsgrundlage für sämtliche Rückforderungs- oder Verrechnungsansprüche der Arbeitgeberin führt, wäre zu prüfen.

Knifflig ist dabei vor allem die Problematik, dass immer festgestellt werden muss, ob überhaupt eine vertragliche Vereinbarung (im Sinne von Ziff. 1) vorliegt. Was gilt als vertragliche Vereinbarung in diesem Sinne? Das Schweizer Arbeitsvertragsrecht kennt, trotz gegenläufiger Tendenzen des Bundesgerichts²⁰², im Grundsatz keine Formvorschriften. Somit ist es an sich möglich, dass Rückzahlungsvereinbarungen auch mündlich oder gar konkludent in Form einer betrieblichen Übung geschlossen werden können. Ist die Bezeichnung einer Zahlung als «Vorschuss» in der betreffenden Lohnabrechnung bereits eine solche Vereinbarung? Führt die durch eine Arbeitgeberin von sich aus und ohne Absprache mit dem Arbeitnehmer vorgenommene Verrechnung zu einer betrieblichen Übung, wenn der Arbeitnehmer nicht dagegen opponiert? Wie es sich verhält, ist anhand des konkreten Einzelfalles zu prüfen. Ein konsistentes Konzept zur

Bestimmung der Anspruchsgrundlage eines Rückforderungsanspruches wäre jedoch sehr zu begrüssen, nachdem dies im Hinblick auf die unterschiedlichen Verjährungsfristen mehr als nur eine akademische Streitigkeit ist.

12.2. Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung

12.2.1. Irrtümlich erbrachte Leistungen bei fehlender Vertragsvereinbarung

Folgt man voranstehender These²⁰³, richtet sich die Rückforderung sämtlicher irrtümlich geleisteten Zahlungen durch die Arbeitgeberin nach dem Bereicherungsrecht. Dies allerdings nur unter dem Vorbehalt, dass der Arbeitsvertrag keine Rückzahlungspflicht für irrtümlich erbrachte Leistungen enthält. Stützt sich eine Arbeitgeberin für eine Rückforderungsklage auf Art. 62 ff. OR, gilt es gewisse Details zu klären.

12.2.2. Irrtümliche Leistung oder freiwillig bezahlte Nichtschuld?

Wann liegt eine irrtümliche Leistung vor, bzw. wann kann sich ein Arbeitnehmer darauf berufen, die Arbeitgeberin habe freiwillig eine Nichtschuld bezahlt? Dieser Einwand ist vor allem dort von Bedeutung, wo der Arbeitgeberin zwar nicht das Wissen vorgehalten werden kann, sie jedoch bei pflichtgemässer Sorgfalt hätte erkennen können (oder müssen), dass die Zahlung nicht geschuldet ist und damit eine Nichtschuld bezahlt wurde.

«Irrtum i. S. v. Art. 63 liegt selbst dann vor, wenn der Leistende den *Irrtum hätte erkennen müssen (...)*»²⁰⁴. Folgt man dieser allgemeinen Praxis zu Art. 63 OR, muss sich eine Arbeitgeberin ihre sorgfaltswidrige Unwissenheit somit nicht entgegen halten lassen. Dies kann zu stossenden Ergebnissen führen, wenn sich eine Arbeitgeberin über längere Zeit nicht um die richtige Höhe von Sozialabzügen oder Quellensteuern kümmert und diese erst nach längerer Zeit nachfordert bzw. mit dem laufenden Monatslohn verrechnet. Die Rechtsprechung löst solche Fälle mit der bereits erwähnten Verwirklichungspraxis²⁰⁵, zum Teil auch mit Berufung auf eine konkludente

¹⁹⁸ Was dann der Ziff. 1 entspricht. Bsp.: Rückforderungsklausel einer Gratifikation; Rückforderung gestützt auf eine Aus- oder Weiterbildungsvereinbarung; vertragliche Regelung einer Provisionsabrechnung etc.; In diesem Sinne beispielsweise BGE 126 III 356 ff.

¹⁹⁹ Art. 322b Abs. 3 OR.

²⁰⁰ Art. 324 Abs. 2 OR, Art. 337c Abs. 2 OR.

²⁰¹ Darunter fallen nicht nur «klassische» Vorschüsse wie solche auf Provisionen, sondern auch «faktische» Vorschüsse, indem einem Mitarbeiter trotz Minusstunden oder zuviel bezogenen Ferien der volle Zeitlohn ausbezahlt wird, wie auch zuviel bezahlter Lohn als Folge von noch nicht bekannten bzw. vorgenommenen Abrechnungen (Krankentaggeld, Quellensteuer, Sozialversicherungsabzüge etc.).

²⁰² Vgl. BGE 129 III 496 E. 3.3 bezüglich der durch das Bundesgericht statuierten Formvorschrift einer Ferienabgeltung.

²⁰³ Vgl. vorne, Ziff. 12.1.

²⁰⁴ HERMANN SCHULIN Basler Kommentar zum Privatrecht; OR I, Art. 1–529; 4. A., Basel 2007, Art. 63 m.V.a. diverse Bundesgerichtsentscheide.

²⁰⁵ Vgl. vorne, Ziff. 10.3 und auch Ziff. 4.

Vertragsänderung zu Gunsten des Arbeitnehmers in Form einer Nettolohnerhöhung²⁰⁶.

12.2.3. Ausschluss der Rückerstattung mangels Bereicherung

Art. 64 OR entbindet den Arbeitnehmer von einer Rückerstattung, wenn dieser im Zeitpunkt der Rückerstattung nicht mehr bereichert ist, es sei denn, er verhielt sich bösgläubig oder musste mit der Rückerstattung rechnen²⁰⁷. Rückforderungsansprüche der Arbeitgeberin scheitern nicht selten daran, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Rückerstattung nicht mehr bereichert ist²⁰⁸. Auch diese Hürde gilt es zu nehmen, wenn sich die Arbeitgeberin auf die Bestimmungen der ungerechtfertigten Bereicherung abstützen muss. Gleich wie bei Art. 63 OR, darf auch bei dieser Bestimmung zur Frage der Gutgläubigkeit oder den anderen Voraussetzungen auf die Literatur zum allgemeinen Teil des Obligationenrechts verwiesen werden²⁰⁹.

ähnlich gelagerte Fälle. Insofern möge die vorne vertretene These als Denkanstoss zur Verbesserung der Rechtssicherheit in der täglichen Praxis des Arbeitsvertragsrechts dienen.

13. Schlussbemerkungen

Die vorliegende Untersuchung der verschiedenen Sachverhaltskonstellationen, in welchen die Arbeitgeberin zur Rückforderung bereits erbrachter Leistungen berechtigt ist, zeigt meines Erachtens zwei Erkenntnisse: Erstens sind die möglichen Fälle, Rahmenbedingungen und Gründe für Rückforderungen überaus vielfältig. Zweitens, sofern diese Kritik an der bestehenden Lehre und Rechtsprechung erlaubt ist, findet sich kein in sich konsistentes System zur Bestimmung der betreffenden Anspruchsgrundlagen. Vielmehr beschränkt man sich darauf, die Anspruchsgrundlage eines Rückforderungsanspruches in jedem einzelnen Fall zu definieren, ohne Blick auf andere,

²⁰⁶ Vgl. dazu die Ausführungen in STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 322 N 13.

²⁰⁷ Vgl. beispielsweise OGer ZH, Urteil vom 13. Januar 2010, in ZR 110/2011 S. 16 E. 4 b), wo die Arbeitgeberin monatlich 4'000 Franken zahlte, obwohl weder die Zahlung eines Vorschusses noch die Pflicht zur Rückerstattung vertraglich geregelt war. Das Obergericht erklärte, dass diese monatlichen Zahlungen somit ohne vertragliche Grundlage erfolgten und deren Rückforderung sich nach Bereicherungsrecht richteten. Mit Berufung auf Art. 64 OR und einem Verstoß gegen Art. 349a OR wurde die Rückzahlungspflicht verneint.

²⁰⁸ Vgl. beispielsweise vorne, Ziff. 6.1, FN 118.

²⁰⁹ Dazu spannend beispielsweise die Möglichkeit des zur Rückzahlung verpflichteten Arbeitnehmers, verrechnungsweise einen Rückforderungsschaden geltend zu machen, falls ein solcher entstehen würde (SCHULIN [FN 204], Art. 64 N 7).