

- 9**    **▪ Lohn bei Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung (Art. 324a OR).**
- **Dauer der Lohnfortzahlung (Art. 324a Abs. 2 OR). Berechnung der Dienstjahre; Anrechnung der im gleichen Betrieb absolvierten Lehrzeit (Erw. a). Entstehung eines neuen Lohnfortzahlungsanspruchs mit Beginn eines jeden Dienstjahres. Anwendung der neuen Zürcher Skala als Richtlinie (Erw. b).**
  - **Gleichwertigkeit einer abweichenden Regelung (Art. 324a, Art. 324b OR). Vereinbarung der Bezahlung von 50% des Lohnes während der Rekrutenschule in casu nicht gleichwertig (Erw. c).**

*Erwägungen:*

Gemäss Art. 324 a OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer, welcher ohne sein Verschulden aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes, an der Arbeitsleistung gehindert ist, für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu entrichten, samt einer angemessenen Vergütung für ausfallenden Naturallohn, sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen wurde (Abs. 1). Mangels anderer, günstigerer Abrede in Normalarbeits- oder Gesamtarbeitsvertrag hat der Arbeitgeber im ersten Dienstjahr den Lohn für drei Wochen und nachher für eine angemessene längere Zeit zu entrichten, je nach Dauer des Arbeitsverhältnisses und den besonderen Umständen (Abs. 2). Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann eine von den vorstehenden Bestimmungen abweichende Regelung getroffen werden, wenn sie für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist (Abs. 4). Die Lohnzahlung entfällt, wenn der Arbeitnehmer aufgrund gesetzlicher Vorschrift gegen die wirtschaftlichen Folgen unverschuldeter Arbeitsverhinderung aus Gründen, die in seiner Person liegen, obligatorisch versichert ist, falls die für die beschränkte Zeit geschuldeten Versicherungsleistungen mindestens vier Fünftel des darauf entfallenden Lohnes decken. Bei geringeren Leistungen hat der Arbeitnehmer die Differenz zwischen diesen und vier Fünfteln des Lohnes zu entrichten (Art. 324 b Abs. 1 und 2 OR).

a) Die Militärdienstleistung stellt einen Fall der Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht dar (Rehbinder, Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Bern 1985, N 7 zu Art. 324 a OR mit weiteren Hinweisen), für welche aufgrund der Erwerbsersatzordnung eine

gesetzliche Versicherung besteht. Der gesetzliche Anspruch des Berufungsklägers ist damit aus der Differenz zwischen vier Fünfteln des Arbeitslohnes und der ausbezahlten Versiche-

rungsleistungen für die Dauer der Lohnfortzahlungspflicht zu berechnen (Art. 324 b OR). Die Dauer der Lohnfortzahlung ist von der Beschäftigungsdauer abhängig. Lehre und Rechtsprechung sind dabei einhellig der Meinung, dass die im gleichen Betrieb zugebrachte Lehrzeit mitzurechnen sei (JAR 1989 S. 155, 1988 S. 204, 1981 S. 263; Brühwiler, Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1987, S. 97; Streiff/von Känel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Aufl., Zürich 1992, N 7 zu Art. 324 a/b OR). Den Lehrvertrag hatte der Berufungskläger mit der Firma X Erben abgeschlossen. Das Arbeitsvertragsverhältnis, welches heute zur Diskussion steht, gründet auf einem schriftlichen Arbeitsvertrag zwischen dem Berufungskläger und der Firma X AG. Nicht bestritten ist, dass die wirtschaftlichen Eigentümer der Firma X Erben und der Firma X AG identisch sind, was der Zeuge S. selbst bestätigte. Entsprechend trat wiederholt die Firma X Erben auf. Die Korrespondenzen wurden teilweise auf ihrem Briefpapier geführt und sie trat gegenüber dem Bundesamt für Mechanisierte und Leichte Truppen auf. Auch der Zeuge W. ist als Finanzchef beider Firmen tätig und desgleichen betreut er das Personal beider Betriebe. Der Berufungskläger wurde während der Lehre bei der Lehrfirma und bei der Berufungsbeklagten eingesetzt. Seine Leistungen wurden in einem einzigen Arbeitszeugnis für Lehrverhältnis und Arbeitsvertrag beurteilt. Bei der Berechnung der Gratifikation 1991 ging die Berufungsbeklagte selbst von einer einheitlichen Beschäftigungsdauer aus, rechnete sie das Guthaben doch aufgrund des Lehrlingslohns und des anschliessenden Gehalts als Disponent. Traten die X Erben und die Berufungsbeklagte X AG somit immer als ein und dieselbe Arbeitgeberin auf, ist die Lehrzeit der Beschäftigungsdauer bei der Berufungsbeklagten zuzurechnen.

Zu Beginn der Militärdienstleistung am 13. Juli 1992 befand sich der Berufungskläger somit, gerechnet ab 1. August 1988, bis 31. Juli 1991 im

4.

und ab 1. August 1991 im 5. Dienstjahr.

b) Im Interesse der Rechtssicherheit haben die schweizerischen Gerichte zur Konkretisierung von Art. 324 a Abs. 2 OR Skalen entwickelt. Es bestehen eine sogenannte Basler und Berner sowie eine alte und neue Zürcher Skala. Das Kantonsgericht Graubünden stellt nun für die Dauer der Lohnfortzahlung auf die neue Zürcher Skala als Richtlinie ab, welche im Vergleich zur alten Zürcher Skala eine Annäherung an die Berner und an die Basler Skala erfahren hat (ZR 1994 Nr. 48). Der Lohnfortzahlungsanspruch erstreckt sich damit im 4. Dienstjahr auf 10 Wochen und im 5. Dienstjahr auf 11 Wochen, da im vorliegenden Fall keine besonderen Umstände vorliegen, um von der Skala als Richtlinie abzuweichen. Dabei entsteht mit Beginn jedes Dienstjahres ein neuer Lohnfortzahlungsanspruch, unbesehen davon, ob der Arbeitnehmer den Anspruch des Vorjahres voll ausgeschöpft hat (ZR 1975 Nr. 68;

---

JAR 1980 S. 246; Staehelin,

Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Zürich 1984, N 44 zu Art. 324 a OR; Brunner/Bühler/Waerber, Kommentar zum Arbeitsvertrag, Bern 1990, N 13 zu Art. 324 a OR; Brand/Dürr/Gutknecht/Platzer/Schnyder/ Stampfli/ Wanner, Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht, Muri 1991, N 24 zu Art. 324 a OR; Brühwiler, a.a.O., S. 98; Streiff/ von Känel, a.a.O., N 8 zu Art. 324 a/b OR; anderer Meinung JAR 1981 S. 260; Rehbin- der, a.a.O., N 29 zu Art. 324 a OR). Die Auslegung der Vorinstanz, die sich zwar auf die Zürcher Skala, aber die alte abstützt und die das arithmetische Mittel heranzieht, wenn sich die unverschuldete Arbeitsunfähigkeit über zwei Dienstjahre erstreckt, widerspricht Sinn und Wortlaut von Art. 324 a Abs. 2 OR sowie der dazu entwickelten Praxis und ist damit zu korrigieren. Folglich hat der Berufungskläger aus dem 4. Dienstjahr bis 31. Juli 1991 Anspruch auf den Lohn von 19 Tagen und ab 1. August 1992 aus dem 5. Dienstjahr von 11 Wochen 7 Tagen, was 77 Tage und zusammen 96 Tage ergibt. Für diese Zeit, welche bis 16. Oktober 1992 dauert, sind 80% des bisherigen Lohnes zu errechnen. Beide Parteien beziffern einen Taglohn übereinstimmend mit Fr. 121.65, was für 96 Tage Fr. 11 678.40 und, redu- ziert auf 80%, Fr. 9342.70 ergibt. Für die restlichen 22 Tage der Dienstzeit hat die Berufungsbeklagte dem Berufungskläger die entgegengenommenen EO-Taggelder von Fr. 27.- auszuführen, was Fr. 594.- ergibt. Aufgrund der gesetzlichen Regelung hätte die Berufungsbeklagte dem Berufungskläger damit die Summe von Fr. 9936.70 leisten müssen.

c) Gemäss der schriftlichen Vereinbarung der Parteien vom 12. Juli 1992 hätte der Berufungskläger während der gesamten Dienstleistung 50% des Lohnes erhalten müssen, was bei Fr. 3700.- pro Monat beziehungsweise Fr. 121.65 pro Tag, Fr. 7177.35 ergibt.

Wird die Gesamtheit der Leistungen verglichen, so ist ersichtlich, dass die getroffene Vereinbarung der gesetzlichen Regelung nicht minde- stens gleichwertig und damit aufgrund von Art. 362 OR unbeachtlich ist. Sie widerspricht Art. 324 a und b OR. Die Frage, ob sie durch den damals minderjährigen Berufungskläger unterzeichnet werden konnte, muss damit nicht beantwortet werden.

ZF 54/94

Urteil vom 27. September 1994

- 10** -Arbeitsvertrag (Art. 319ff. OR). Zivilrechtspflege. Kündi- gungsschutz während der Probezeit.  
- Untersuchungsmaxime (Art. 343 Abs. 4 OR). Die Unter- suchungsmaxime gilt nur für das erstinstanzliche Ver- fahren; im Berufungsverfahren gilt das Novenverbot

**des Art. 226 Abs. 1 ZPO (Erw. 2).**  
**- Der sachliche Kündigungsschutz des Art. 336 OR gilt-**