

**Herzlich
Willkommen**

Gut zu wissen – Spezialfälle zu Freizeit und Ferien

**SSO – Schweizer
Zahnärzteforum**

31.08.2023



Claudia Eugster

lic. iur. HSG Rechtsanwältin
Fachanwältin SAV Arbeitsrecht

lelex Rechtsanwälte

Allmendstrasse 7
CH-8002 Zürich

Tel. +41 (0)43 277 91 91
eugster@lelex.law
www.lelex.law

Einleitung

- Meine Darlegungen stellen keinen umfassender Abriss über die Regelung der Freizeit und Ferien dar. Auf das Basiswissen wird nicht speziell eingegangen, z.B. Höhe des Ferienanspruchs, dass 2 Wochen Ferien pro Jahr am Stück zu beziehen sind, etc.
- Dafür wird der Fokus auf ein paar Spezialfälle und für die Praxis wichtige Teilaspekte gelegt.
- Dies wird anhand von Theorieinputs, Fällen und in ergänzenden Erläuterungen im Rahmen von Spezialistenwissen vermittelt.

Themen

- Freizeit
 - Freie Tage
 - Feiertage
 - Übliche freie Zeit
- Ferien
 - Arbeitsunfähigkeit während den Ferien
 - Verbotene Ferienarbeit
 - Rückforderung zu viel bezogener Ferien bei Austritt
 - Abgeltungsverbot
- Wichtig zu wissen ...

Freizeit - Überblick

- Art. 329 OR ist unterteilt in:
 - Sog. ordentliche Freizeit (freie Tage, Abs. 1 und 2)
 - Sog. Ausserordentliche Freizeit (Abs. 3)
 - Übliche freie Stunden und Tage
 - Feiertage
- Bei der Bestimmung der Freizeit ist auf die Interessen des Arbeitgebers wie des Arbeitnehmers angemessen Rücksicht zu nehmen. Im Konfliktfall hat eine Interessenabwägung stattzufinden.
- Hier geht es um den Anspruch auf Arbeitsbefreiung, nicht auf Lohnzahlung.

Theorie - Freie Tage und übliche freie Zeit (1)

- **Freie Tage, Art. 329 Abs. 1 und 2 OR:**
 - Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer jede Woche einen freien Tag zu gewähren, i.d.R. den Sonntag oder, wo dies nach den Verhältnissen nicht möglich ist, einen vollen Werktag.
 - Das ArG geht weiter und verlangt 1.5 freie Tage und Einhaltung der Ruhezeiten.
 - Unter besonderen Umständen können dem Arbeitnehmer mit dessen Zustimmung ausnahmsweise mehrere freie Tage zusammenhängend oder statt eines freien Tages zwei freie Halbtage eingeräumt werden.

Theorie - Freie Tage und übliche freie Zeit (2)

■ Übliche (notwendige) freie Zeit, Art. 329 Abs. 3

OR, relativ zwingende Bestimmung:

- Dem Arbeitnehmer sind die üblichen freien Stunden und Tage für die Erledigung dringender persönlicher Angelegenheiten und nach erfolgter Kündigung die für das Aufsuchen einer anderen Arbeitsstelle erforderliche Zeit zu gewähren zu gewähren.
- Diese Zeit ist «innerhalb der Arbeitszeit» einzuräumen, sofern die Angelegenheit nicht in der ordentlichen Freizeit besorgt werden kann.

Theorie - Freie Tage und übliche freie Zeit (4)

- Fortsetzung:
 - Darunter fällt neben der Zeit für Stellensuche z.B. Umzug, Besprechung beim Anwalt, Termin beim Arzt, Gang auf eine Arbeitsstelle, wichtige Familienanlässe, Absolvieren von Prüfungen, Termine bez. moderner Fortpflanzungsmedizin, Erfüllung religiöser Pflichten (Art. 20a ArG), Feiertage gemäss ArG, Besuch kranker Familienmitglieder im Spital, etc.
Nicht darunter fallen Aus-/Weiterbildung, ausser der Arbeitsvertrag/Reglement sieht dies vor, Sportveranstaltungen, etc.
 - Tendenz in Richtung auf grösseres Entgegenkommen. Die Umstände des Einzelfalles sind massgebend: Wichtigkeit des Anlasses, Dauer der Anstellung, betriebliche Ersetzbarkeit, etc.

Theorie - Freie Tage und übliche freie Zeit (4)

- Fortsetzung
 - Abzugsgrenzen ist die notwendige freie Zeit zum Fall der unzumutbaren Arbeitsleistung, bei der sich die Befreiung von der Arbeitspflicht und Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR (z.B. eigene Heirat, Tod des Partners, Betreuung Kleinkind während Krankheit) richtet.
Praxis: Abgrenzungsschwierigkeiten
 - Bei flexiblen Arbeitszeiten, z.B. bei Arbeitszeit mit Block- und Gleitzeiten, Monatsarbeitszeit ohne Blockzeiten als auch bei der Jahresarbeitszeit ist der Anspruch auf notwendige freie Zeit stark eingeschränkt. Planbare Termine dürfen i.d.R. nicht/so wenig wie möglich mit Blockzeiten kollidieren.

Theorie - Freie Tage und übliche freie Zeit (5)

- Fortsetzung
 - Vom Bundesgericht nicht geklärt ist die Frage, ob gar keine freie Zeit gewährt werden muss, wenn die Arbeitszeit völlig flexibel ist. Bei solchen Zeitmodellen findet sich in der Praxis häufig die Regel, dass neben den Ferien- und Feiertagen pauschal ca. 2 bis 3 Tage für die Gewährung der notwendigen freien Zeit berücksichtigt wird.
 - Bezahlung der üblichen freien Zeit: keine Regelung im OR. Bei Angestellten im Monatslohn wird der Lohn ohne anderslautende Vereinbarung gestützt auf die feste Übung nicht gekürzt. Bei der Arbeit im Stundenlohn ist die benötigte freie Zeit grundsätzlich unbezahlt.
 - Feiertage: gehören auch zur üblichen freien Zeit

Fall 1: Feiertage

- **Sachverhalt:**

Nicolas arbeitet nur 80% und hat immer Montag frei. Darf er den Ostermontag und Pfingstmontag kompensieren?

- **Variante 1:**

Das Mitarbeiterreglement des Betriebs von Nicolas sieht vor, dass die Feiertage entsprechend dem Beschäftigungsgrad gutgeschrieben werden. Ist das zulässig?

- **Variante 2:**

Alexandra arbeitet unregelmässig von Mo-Fr im Stundenlohn. An den Feiertagen hat sie weder Einsätze noch werden diese entschädigt. Ist dies zulässig?

Fall 1: Feiertage – Lösung (1)

- **Lösung:**

Fällt ein Feiertag auf einen arbeitsfreien Tag (z. B. Samstag, Sonntag oder hier den arbeitsfreien Montag), besteht kein Anspruch auf Nachholen oder Entschädigung. Fällt ein Feiertag in die Ferien, zählt er nicht als Ferientag.

- **Lösung Variante 1:**

Es gibt eine Bundesverwaltungsgerichtsentscheid, wonach die Regelung, dass bei Feiertagen die Zeitgutschrift entsprechend dem Pensum erfolgt, zulässig ist. Dies bedingt aber, dass jeder Feiertag von Mo-Fr, unabhängig von den effektiven Arbeitstagen, entsprechend dem Beschäftigungsgrad gutgeschrieben wird.

- **Lösung Variante 2:**

- **CH-BGer:** Ohne arbeitsvertragliche Vereinbarung müssen die Feiertage nach OR und ArG, ausser dem 1. August (BV), nicht entlohnt werden.

Fall 1: Feiertage – Lösung (2)

- Neben dem nationalen Recht gibt es ein von der Schweiz ratifiziertes **internationales Abkommen, UNO-Pakt I**. Dieses sieht in Art. 7 lit. d vor, dass Arbeitnehmende im Stundenlohn zwingend Anspruch auf Bezahlung der üblichen Feiertage haben.
- Es ist aber umstritten, ob dieser Staatsvertrag direkt anwendbar ist, d.h. ob er „self executing“ oder „non self executing“ ist. Nur bei einer direkten Anwendbarkeit wären die Feiertage auch für Arbeitnehmende im Stundenlohn zwingend zu bezahlen. Das Bundesgericht hat die direkte Anwendbarkeit von Art. 7 lit. d UNO-Pakt I (BGE 136 I 290/ARV 2011 S. 100 sowie BGE 4A_72/2018) verneint. Zu beachten ist, dass dieser Entscheid im Widerspruch zu anderen Entscheiden betreffend die Frage der direkten Anwendbarkeit von staatsvertraglichen Bestimmungen steht und von der Lehre kritisiert wird.
- Schlussfolgerung: Arbeitgeber, welche keine Feiertagsentschädigung (3-3.5%) bezahlen, gehen das Risiko ein, diese bei einer Praxisänderung nachzahlen zu müssen.
- Empfehlung, bei Arbeitsverträgen im vereinbarten Lohn immer Feiertagsentschädigung inkludieren und in %-ten ausweisen.

Fall 2: Übliche freie Zeit

- **Sachverhalt:**

Das befristete Arbeitsverhältnis von Nicolas endet nach 1.5 Jahren per 30.06.2023. Muss der Arbeitgeber ihm für die Stellensuche Freizeit geben? Wenn ja, wie viel? Wenn ja, ist diese bezahlt?

- **Variante:**

Leana kümmert sich während mehrerer Tage um ihren schwerkranken Schwager. Muss der Arbeitgeber ihr dafür freigeben? Wenn ja, ist diese bezahlt.

Fall 2: Übliche freie Zeit – Lösung (1)

■ Lösung:

- Auch bei einem befristeten AV besteht Anspruch auf freie Zeit für Bewerbungen. Dies ab dem Zeitpunkt, in dem der Vertrag spätestens hätte gekündigt werden müssen. Im 2. Dienstjahr besteht eine Kündigungsfrist von 2 Monaten, d.h. mind. ab Ende April hat Nicolas ein Anspruch auf freie Zeit für Bewerbungen.
- Die effektiv benötigte Zeit für die Vorstellungsgespräche inkl. Reiseweg, nicht aber die Zeit für das Aufbereitung der Bewerbungsunterlagen und das Recherchieren von Stellen, ist übliche freie Zeit.
- Praxisgemäss wird durchschnittlich ein halber Tag pro Woche als angemessen betrachtet. Der halbe Tag kann auch aufgeteilt werden. Bei kurzer Kündigungsfrist oder bei schwierigen Situationen kann sich der Anspruch auch erhöhen.
- Gut zu wissen ... wer gekündigt hat, ist irrelevant.

Fall 2: Übliche freie Zeit – Lösung (2)

- **Lösung Variante:**

- Lena hat Anspruch auf die notwendige freie Zeit
- Es besteht aber hier gemäss Bundesgericht kein Lohnanspruch, da keine gesetzliche Verpflichtung besteht.
(Einem Vater wurde dagegen der Lohnanspruch für regelmässige Besuche seines schwerkranken Kindes im Spital gestützt auf Art. 324a zugestanden.)

- **Empfehlung an Arbeitgeber:**

- Vertragliche Regelung, welche üblichen freien Zeiten bezahlt sind.
- In diversen Reglementen findet sich eine Aufzählung der üblichen notwendigen freien Zeiten und wie viel Zeit erhältlich ist. Zudem, dass darüber hinaus auch ein Anspruch entstehen kann, diese Zeiten aber unbezahlt sind.

Theorie Ferien – Arbeitsunfähigkeit und Ferienunfähigkeit (1)

- Die Begriffe «Arbeitsunfähigkeit» und «Ferienunfähigkeit» sind zu unterscheiden.
- Wenn der Gesundheitszustand des Mitarbeiters der Erholung nicht entgegensteht, ist die Ferienfähigkeit gegeben:
 - Bettlägerigkeit, schwerere Verletzungen sowie regelmässige Arztbesuche führen i.d.R. zu einer Ferienunfähigkeit. Vermutlich auch die unerwartete intensive sowie anhaltende Pflege nächster Angehöriger.
 - Ein kürzeres Unwohlsein, Durchfall, Kopfschmerzen, Verstauchungen, arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeiten, etc. schränken die Ferienfähigkeit nicht ein (z.T. wird in der Lehre eine Beeinträchtigung ab 2-3 Tagen gefordert, damit die Ferienfähigkeit eingeschränkt ist).
 - Es besteht kein Anspruch auf Aktiv-Ferien, sondern Erholung erfolgt auch mit Spazieren, Ausruhen, etc.
- Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit liegt i.d.R. volle Ferienfähigkeit vor. Auch ein 100% arbeitsunfähiger Mitarbeiter kann ferienfähig sein, z.B. ein Goldschmied mit Fingerverletzung.

Fall 3: Ferien - Krankheit oder Unfall während den Ferien

- **Sachverhalt:**

Eline arbeitet Vollzeit seit 01.01.2020. Nun hat sie 2 Woche Winterferien und verreist in die Berge. Sie ist passionierte Skifahrerin. Auf der Hinreise erkrankt sie und ist eine Woche bettlägerig.

Kann sie ihre Ferien zu einem späteren Zeitpunkt nachholen? Entgegen dem Mitarbeiterreglement meldet sie dies nicht umgehend der Arbeitgeberin, sondern reicht nach den Ferien ein entsprechendes Arztzeugnis ein. Diesbezügliche Folgen?

- **Variante 1:**

Eline hatte einen schweren Unfall und war deswegen ab 01.04 zu 100 % AUF und vom 01.06.-10.08.2023 zu 50 % AUF. Im Juli 2023 bezieht sie 3 Wochen Ferien. Welche Auswirkungen hat ihr Ferienbezug?

Fall 3: Ferien - Krankheit oder Unfall während den Ferien – Lösung (1)

- **Lösung:**
 - Es liegt nicht eine blosser Unpässlichkeit von kurzer Dauer vor. Der Erholungszweck ist deshalb eingeschränkt. Eline ist sowohl arbeits- als auch ferienunfähig.
 - Folge: Eline kann eine Woche Ferien zu einem späteren Zeitpunkt nachholen.
 - Die arbeitgeberseitig sinnvolle reglementarische Bestimmung, dass die Arbeitgeberin umgehende zu informieren ist und allenfalls auch die Bestimmung, dass nur Arbeitsunfähigkeitstage mit einem ärztlichen Attest berücksichtigt werden, ist eine reine Ordnungsvorschrift. Der Ferienanspruch ist relativ zwingend, d.h. wenn der Mitarbeitende mittels Zeugen oder Arztberichten nachweisen kann, dass er nicht ferienfähig war, findet kein Ferienbezug statt.
- **Exkurs, gut zu wissen ...:** Wenn der Lohnfortzahlungsanspruch nach Art. 324a OR aufgebraucht ist, soll gemäss einem Teil der Lehre trotz nicht gegebenem Erholungswert ein Ferienbezug möglich sein. Dies um eine Periode ohne Lohnzahlung vermeiden zu können.

Fall 3: Ferien - Krankheit oder Unfall während den Ferien – Lösung (2)

■ Lösung Variante:

- Teilarbeitsfähigkeit heisst Ferienfähigkeit. D.h. Eline bezieht 15 Tage von ihrem Ferienguthaben.
- Ferienkürzung (Art. 329b Abs. 2 OR):
 - Pro Dienstjahr: Schonfrist 1 Mte., pro vollen weiteren Monat 1/12 Kürzung, in casu beginnt das DJ am 01.01.2023
 - Teilarbeitsunfähigkeit: 2 Mte. à 50% = 1 Mte. à 100% = 1/12 Kürzung
 - In casu: 43 AT à 100% + 49 AT à 50% bzw. total 67.5 AT à 100% bzw. etwas mehr als 3 Mte.; Ferienkürzung 2/12
- Ergo: es wird sowohl der volle Ferienbezug als auch die Ferienkürzung berücksichtigt.

Theorie und Fall 4: Verbotene Ferienarbeit

- **Theorie:**
 - Ferien sind dazu da, sich auszuruhen, um die volle Leistungsfähigkeit aufrechtzuerhalten.
 - Während der Ferien sind darum bezahlte Arbeiten verboten, welche die berechtigten Interessen des Arbeitgebers verletzen (Art. 329d OR). Bei ähnlichen Arbeiten oder ähnlichen Arbeitszeiten kann dies zutreffen. Ein Zweitjob ist nur zulässig, wenn dieser das Geschäft des Hauptarbeitgebers nicht konkurrenziert oder die Leistungsfähigkeit des Mitarbeiters nicht beeinträchtigt.
- **Sachverhalt (gleicher Sachverhalt wie in Fall 3, Ergänzung):**
 - Eline ist wieder gesund und möchte in der zweiten Wochen ganztags als Skilehrerin arbeiten.
 - Ist dies zulässig? Folgen?

Fall 4: Verbotene Ferienarbeit - Lösung

- **Lösung:**
 - In der zweiten Wochen ganztags zu arbeiten widerspricht den Interessen der Arbeitgeberin sowie dem Erholungszweck und ist unzulässig. Sofern Eline z.B. nur 1-2 Stunde am Tag als Skilehrerin arbeiten würde, wäre der Erholungszweck der Ferien nicht gefährdet.
 - Folgen der unerlaubten Ferienarbeit:
 - Verweigerung des Ferienlohnes bzw. Rückforderung
 - Verrechnung mit künftigen Lohnguthaben, sofern das Existenzminimum nicht verletzt wird.

Theorie: Rückforderung zu viel bezogener Ferien bei Austritt

- Grundsätzlich findet gemäss herrschender Lehre für zu viel bezogene Ferien keine Rückzahlung statt. Dies mit dem Argument, nur bei Schwarzarbeit gebe es eine Rückzahlungspflicht oder es liege keine ungerechtfertigte Bereicherung vor.
Dies als Ausfluss von Art. 329d Abs. 3 OR.
- Ausnahmen:
 - Bei Bezug von Ferien auf Gesuch des Mitarbeitenden und kurz nach den Ferien erfolgter Kündigung durch diesen.
 - Bei einer Vereinbarung, d.h. Arbeitsvertrag oder Reglement, wonach zu viel bezogene Ferien bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu einer Rückzahlungspflicht führen sollen.

Fall 5 inkl. Lösung: Rückforderung zu viel bezogener Ferien bei Austritt

Sachverhalt:

Stellenantritt per 01.05.2023, Ferienanspruch 5 Wochen/Jahr. Im Sommer finden 3 Wochen Betriebsferien statt. Im August kündigt Eliane per 30.09.2023. Kann der Arbeitgeber die zu viel bezogenen Ferien zurückfordern?

Lösung / Schlussfolgerung:

- Das Ferienguthaben (5/12) beträgt 10.41 Tage, bezogen wurden 15 Tage.
- Wegen der strengen Praxis und da kein Ausnahmefall vorliegt ist keine Rückforderung möglich.
- Schlussfolgerung/**Empfehlung**: Für Arbeitgeber ist es wichtig, im Arbeitsvertrag bzw. im Reglement zu vereinbaren, dass zu viel bezogenen Ferien bei Austritt zurückzuzahlen sind.

Theorie: Abgeltungsverbot (1)

- Ferien dürfen während des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geld abgegolten werden, da dies dem Erholungszweck widerspricht. Art. 329d Abs. 2 OR ist eine absolut zwingende Bestimmung.
- Die Gerichte sehen in konstanter Praxis strenge Folgen der Verletzung vor: die abgegoltenen Ferien gelten als nicht bezogen und sind am Ende des Arbeitsverhältnisses nochmals zu bezahlen (Doppelzahlung).
- Dabei gibt es jedoch Ausnahmen:
 - Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses darf ein Ferienrestguthaben ausbezahlt werden.
 - Bei unregelmässiger Arbeit im Stundenlohn kann der Ferienlohn mit einem Lohnzuschlag von 8.33% für 4 Wochen, 10.63% für 5 Wochen bzw. 13.04% für 6 Wochen abgegolten werden.

Theorie: Ausnahme, Zulässigkeit der Ferienlohnentschädigung im Std.lohn (2)

- Das Bundesgericht stellt hohe Anforderungen an die Zulässigkeit der Entschädigung im Stundenlohn zuzüglich Ferienentschädigung. So wird eine
 - unregelmässige Arbeitsleistung verlangt und zusätzlich noch
 - zwei weitere Voraussetzungen:
 - Die Ferienentschädigung muss im Arbeitsvertrag in CHF oder %-ten vereinbart sein
 - Auf jeder Lohnabrechnung ist die Ferienentschädigung in CHF oder % separat auszuweisen
- Nur wenn all diese Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind, ist eine Entschädigung im Stundenlohn mit einer Ferienentschädigung zulässig. Ansonsten ist der Arbeitsvertrag in diesem Teil nichtig und gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine nochmalige Geltendmachung des Ferienlohnes nicht rechtsmissbräuchlich, selbst wenn der Arbeitnehmende während des gesamten Arbeitsverhältnisses gewusst hat, dass die Ferienlohnentschädigung im Lohn inbegriffen war.

Theorie: Ausnahme, Zulässigkeit der Ferienlohnentschädigung im Std.lohn (3)

- Der Mitarbeitende hat trotz der laufenden Ferienlohnentschädigung Anspruch, tatsächlich Ferien beziehen zu können.
Empfehlung für AG: Bestätigung des Ferienbezugs einverlangen.
- **Weiteres, latentes Risiko:** Die Gewerkschaften fordern seit Jahren, dass die Ferienentschädigung zurückzubehalten und erst beim Bezug der Ferien ausbezahlt sei. Sonst sei der Grundsatz des „Ferienbezugs in Natura“ verletzt. Gerade bei Teilzeitangestellten bestehe die Gefahr, dass ihnen beim Bezug der Ferien der entsprechende Betrag durch den vorzeitigen Verbrauch nicht mehr zur Verfügung stehe und damit der Ferienzweck vereitelt werde. In zwei Bundesgerichtsentscheidungen wurde diese Frage aufgeworfen aber nicht entschieden. Somit ist bis heute offen, ob sich die Rechtsprechung in Zukunft nochmals verschärfen wird.
Empfehlung: vertraglich eine Ferienentschädigung bezahlen und auf jeder Lohnzahlung ausweisen.

Fall 6 inkl. Lösung: Abgeltungsverbot

Sachverhalt:

Eline arbeitet zu 80% im Stundenlohn. Gemäss Arbeitsvertrag wurden vier Wochen Ferien pro Jahr sowie ein pauschales Salär vereinbart. In den Lohnabrechnungen sind das Grundgehalt und 8.33% Ferienentschädigung aufgeführt. Ist eine Ferienabgeltung möglich?

Lösung:

- Zu prüfen ist, ob die Beschäftigung regelmässig ist. In BGE 4A_357/2022 wurde bei einer 100 %-Beschäftigung eine unregelmässige Tätigkeit ausgeschlossen, dies im Gegensatz zu einem früheren Entscheid aus dem Jahre 2021. Differenzen von mehr als 10 % zum Vormonat deutet auf Unregelmässigkeit hin (BGE 4A_31/2021).
- Der für die Ferien bestimmte Lohnanteil ergeht weder in CHF noch in %-ten aus dem Arbeitsvertrag, nur aus den Lohnabrechnungen. Die Klauseln «Feriengeld inbegriffen» oder «pauschal» sind keine gültigen Abgeltungsvereinbarungen. Eine Abgeltung ist somit unzulässig.
- Eline kann die Ferien während des Arbeitsverhältnisses in Natura bzw. bei Austritt als Entschädigung nochmals verlangen.

Wichtig zu wissen – Spezialistenwissen (1)

Rechtsunsicherheit: Ferienbezug im gekündigten Verhältnis (ohne Freistellung)

- **Zielkonflikt** nach Anordnung des Ferienbezugs bei einer Kündigung zwischen der Pflicht zur Stellensuche und dem Erholungsziel, der einzuhaltenden Ankündigungsfrist / üblichen Vorbereitungszeit, dem Ferienbezug in Natura und allenfalls dem Vertrauen des Arbeitnehmers auf bereits auf einen späteren Zeitpunkt festgesetzte Ferien.
- Oger ZH und Lehrmeinungen: übliche Ankündigungsfrist von 3 Monaten könne gekürzt werden

Wichtig zu wissen – Spezialistenwissen (2)

(Fortsetzung)

- Gewisse Gerichtsentscheide anerkannten die kurzfristige Ferienanordnung während der Kündigungsfrist nicht und verfügten eine Auszahlung des Feriengeldes bei Ablauf der Kündigungsfrist. Das Bundesgericht hat in einem Entscheid bei einer Kündigungsfrist von zwei bis drei Monaten den Ferienbezug in der Regel ausgeschlossen, wenn eine Stelle gesucht werden müsse. Anders aber bei einer Freistellung. Ferner hat es in einem anderen Entscheid festgehalten, es gebe Konstellationen, in denen der Bezug unmöglich/unzumutbar sei.
- **Umstände des Einzelfalles sind relevant, die Richter haben ein grosses Ermessen.** Den Faktoren, wer gekündigt hat, wie hoch das Restferienguthaben im Vergleich zur Freistellung ist, ob die Stellensuche schwierig ist oder bereits eine neue Stelle besteht, dem Alter, kommen massgebende Bedeutung zu.

Wichtig zu wissen – Spezialistenwissen (3)

Schuldhafte Absenzen («blaumachen»)

- Uneinheitliche Praxis: Eine Abrede, die Absenz vom Ferienguthaben abzuziehen, wird eher als unzulässig erachtet, der Erholungszweck sei vereitelt. Ein Lohnabzug ist die sicherere Variante.

Zu hohes Ferienguthaben: Auszahlung überobligatorische Ferien?

- Keine Rechtsprechung, Tendenz, dass Schutzbestimmungen gelten, d.h. Auszahlung unzulässig.

Pensumsänderung und Restferienguthaben zur Zeit der Anpassung: gesetzliche Lücke

- Vorschlag Lehre: Beim Bezug des früheren Ferienguthabens Entlöhnung zum alten Salär

Wichtig zu wissen – Spezialistenwissen (4)

Höhe des Ferienlohnes

- Lohnniveau im Zeitpunkt des Bezugs inkl. feste Zulagen (öff.r.AV teils anders) und Lohnbestandteilen (Bonus mit Lohncharakter, Trinkgelder, ev. Spesenpauschalen) sind massgebend.
- Risiko Provision/Umsatzbeteiligung/Akkord:
 - Vereinbarung „Provision inkl. Ferien“ ist unzulässig
 - Entschädigung nach Pauschalmethode, d.h. gemäss Referenzperiode (12 Mte); ausnahmeweise nach Individualmethode, wenn sonst eine Besserstellung erfolgt. Vgl. BGE 4A_225/2018 und BGE 4A_59/2020.
 - Ausnahme: Vereinbarung einer Jahresprovision/-umsatzbeteiligung mit genügend hohen Vorschüssen sowie Regelung betreffend „zu hohe Vorschüsse“.
 - Achtung, gut zu wissen ...: häufig finden sich in den Verträgen Formulierungen, welche nicht wasserdicht sind.

Wichtig zu wissen – Spezialistenwissen (5)

Ferienbezug am Ende des Arbeitsvertrags mit Stellenantritt während den Ferien

- Praxis: als Ausnahme zulässig, selbst bei Konkurrenzierung, wenn keine Schadensmöglichkeit besteht.

Verjährung

- 5 Jahre nach Ende Dienst-/Kalenderjahr.
- Mitteilen des Restanspruchs am Ende des Jahres/Übertrag aufs neue Jahr: Novation.



**Danke
für Ihr
Interesse!**