

## Ausbezahlung von Ferienlohn

# Gibt es Spielraum beim Abgeltungsverbot von Ferien?

Die Auszahlung von Ferienlohn birgt für Arbeitgeber einige Stolpersteine. Was ist erlaubt und was nicht? Der folgende Beitrag beleuchtet die wichtigsten Fragen zu dieser Thematik.

Von Dr. Nicole Vögeli Galli und Nina Laukenmann

Arbeitgebende erachten oft die Auszahlung des Ferienlohns bei unregelmässig Beschäftigten mit dem Lohn für geleistete Arbeit als einfache und praktische Lösung. Zudem erfolgen Barauszahlungen, wenn hohe Ferienguthaben aufgelaufen sind, da diese innert vernünftiger Zeit gar nicht bezogen werden können und Rückstellungen in der Buchhaltung zur Folge hätten. Mitarbeitende sind gegenüber Auszahlungen nicht immer abgeneigt oder wünschen diese sogar explizit, um für ihre eigenen Bedürfnisse mehr Geld zur Verfügung zu haben. Doch was ist gesetzlich erlaubt und was nicht?

### Grundsatz: Bezug Ferien *in natura* mit Lohnzahlung

Der Arbeitgebende hat dem Mitarbeitenden für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn und eine angemessene Entschädigung für ausfallenden Naturallohn zu entrichten (Art. 329d Abs. 1 OR). Gemäss Rechtsprechung und Lehre bedeutet dies, dass die Mitarbeitenden während ihren Ferien wirtschaftlich nicht schlechter zu stellen sind, als wenn sie in dieser Zeit gearbeitet hätten, denn es soll sichergestellt werden, dass sie ihre Ferien ohne Geldsorgen verbringen können.<sup>1</sup> Art. 329d Abs. 1 OR ist relativ zwingend, davon kann nicht zum Nachteil des Mitarbeitenden abgewichen werden (Art. 362 Abs. 1 OR).

Nach Art. 329d Abs. 2 OR dürfen die Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden. Gemäss Art. 361 OR ist das Abgeltungsverbot absolut zwingend. Verstösst der Arbeitgebende gegen die-



Bei unregelmässiger oder kurzer Beschäftigung, z.B. bei Teilzeitarbeit, ist die Abgeltung des Ferienlohns mit dem laufenden Lohn (sog. Ferienprozent) unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt.

se Bestimmung, ist er bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses verpflichtet, die Ferien nochmals zu bezahlen.<sup>2</sup>

### Passt der Arbeitgeber nicht auf, droht ihm bei «Ferienlohn inbegriffen» eine Doppelzahlung

Mit Urteil vom 19. März 2018<sup>3</sup> setzte sich das Bundesgericht erneut mit dem Abgeltungsverbot auseinander: Zwischen August 2008 und Juli 2013 arbeitete der Arbeitnehmer (Kläger) als Zimmermann für die Beklagte. Gemäss Arbeitsvertrag wurden vier Wochen Ferien pro Jahr vereinbart, 42,5 Stunden pro Woche und ein Stundenlohn von CHF 28.–, wobei Ferien, dreizehnter Monatslohn und gesetzliche Feiertage nicht berücksichtigt wurden. Weiter wurde im Vertrag erwähnt, dass der Arbeitnehmer während seinen Ferien Anspruch auf sein volles Gehalt habe. In den Gehaltsabrechnungen des Klägers waren jedoch sein Grundgehalt, 8,33% Ferienentschädigung, 8,33% dreizehnter Monatslohn

und 2,11% Feiertagsentschädigung aufgeführt. Vor Bundesgericht war strittig, ob die Arbeitgeberin nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Auszahlung des Ferienlohns für die Jahre 2009 bis 2013 verpflichtet war.

Gemäss Bundesgericht muss der Ferienlohn zum Zeitpunkt der Ferien ausbezahlt werden, die Abgeltung des Ferienlohns mit dem laufenden Lohn (sog. Ferienprozent) ist grundsätzlich nicht zulässig. Bei unregelmässiger oder kurzer Beschäftigung hat das Bundesgericht die Abgeltung von Ferienlohn mit dem laufenden Lohn entgegen dem Gesetzestext (Art. 329d Abs. 2 OR) ausnahmsweise unter den folgenden drei Voraussetzungen zugelassen:

1. Es muss sich um eine unregelmässige Beschäftigung handeln. Namentlich handelt es sich hierbei gemäss Bundesgericht um Teilzeitstellen.<sup>4</sup>
2. Bei Vorliegen eines schriftlichen Arbeitsvertrages muss «der für die Ferien bestimmte Lohnanteil klar und ausdrücklich ausgeschieden werden».<sup>5</sup>



Gemäss Rechtsprechung und Lehre dürfen Mitarbeitende während ihren Ferien wirtschaftlich nicht schlechter gestellt sein, als wenn sie in dieser Zeit gearbeitet hätten.

- Der für die Ferien bestimmte Lohnanteil muss auch in den einzelnen schriftlichen Lohnabrechnungen in diesem Sinne ausgewiesen werden.<sup>6</sup>

Der Hinweis «Ferienlohn inbegriffen» erfüllt diese Voraussetzungen nicht, vielmehr muss der Betrag in Prozent oder als Betrag festgelegt werden und sowohl im Arbeitsvertrag als auch in den Lohnabrechnungen aufgeführt sein.<sup>7</sup> Diese Ausnahme rechtfertigt das Bundesgericht damit, dass sich in solchen Fällen die Berechnung des Ferienlohns als schwierig herausstelle. Nach vermehrter Kritik aus der Lehre, die geltend machte, dass die Schwierigkeiten nicht unüberwindbar seien, stellte das Bundesgericht diese Praxis infrage. Es liess die Frage letztlich jedoch unbeantwortet.<sup>8</sup>

#### Unregelmässigkeit

Damit der Ferienlohn mit dem Grundlohn ausbezahlt werden kann, muss eine sehr unregelmässige Arbeitsleistung vorliegen. Wenn zwar mit schwankenden Stundenzahlen, aber grundsätzlich jede Woche gearbeitet wird, liegt keine genügende Unregelmässigkeit vor.

#### Alternative

Der Ferienlohn wird mit dem Grundlohn abgerechnet, jedoch im Nettobetrag erst bei effektivem Ferienbezug ausbezahlt.

Im vorliegenden Fall gab das Bundesgericht dem Kläger recht. Die ersten zwei der drei Voraussetzungen zur Abgeltung

des Ferienlohns mit dem laufenden Lohn seien nicht erfüllt gewesen. Bei der auf 42,5 Stunden pro Woche vereinbarten Arbeitszeit handelte es sich nicht um eine unregelmässige Beschäftigung, und im schriftlichen Arbeitsvertrag sei der Ferienlohn nicht aufgeführt gewesen. Dieser Mangel könne auch nicht dadurch behoben werden, dass der Betrag in der Lohnabrechnung aufgeführt sei. Der Arbeitgeber wurde dazu verpflichtet, den Ferienlohn faktisch ein zweites Mal ausbezahlen. Wird ein Vertrag bloss mündlich abgeschlossen, ist auch eine mündliche Vereinbarung über die Abgeltung des Ferienlohns gerechtfertigt. Durch die Aufführung des Ferienlohnanteils in der Lohnabrechnung wird die benötigte Klarheit erzeugt und die mündlich geschlossene Vereinbarung schriftlich bestätigt.<sup>9</sup>

#### Auszahlung im gegenseitigen Einverständnis während laufendem Arbeitsverhältnis

Unter speziellen Umständen, so, wenn erhebliche Guthaben aufgelaufen sind und der Mitarbeitende der Auszahlung explizit zustimmt, kann eine Auszahlung vorgenommen werden. Allerdings ist schriftlich festzuhalten, dass der Mitarbeitende explizit der Auszahlung zustimmt, auf eine spätere Nachforderung verzichtet und eine solche rechtsmissbräuchlich wäre. Allerdings sollte nicht das gesamte Ferienguthaben ausbezahlt werden. Ein Teil muss immer noch in natura bezogen werden können.

#### Überobligatorischer Ferienanspruch

Offen ist, ob Ferientage, welche den obligatorischen Anspruch von fünf Wochen bis zum 20. Altersjahr bzw. vier Wochen in allen anderen Fällen (Art. 329a Abs. 1 OR) überschreiten, den Schutzbestimmungen von Art. 329b–329d unterstehen.<sup>10</sup> Nach unserer Ansicht können diese überobligatorischen Ansprüche zumindest nicht dem Abgeltungsverbot unterstehen und dürfen daher mit dem Einverständnis des Mitarbeitenden ausbezahlt werden. Es handelt sich denn um eine zusätzliche sowie freiwillige Leistung der Arbeitgebenden, welche diese ebenso gut von Anfang an mittels Geldzahlung erbringen könnten. Der Schutz des Bezugs in natura und damit des Erholungszwecks wurde letztlich beim gesetzlichen Ferienanspruch festgelegt. Anders wäre allenfalls zu entscheiden, wenn sich höhere Ferienansprüche aus einem GAV ergeben und darin weiter gehende, allgemeine Schutzbestimmungen aufgenommen wurden.

#### Auszahlung von aufgelaufenen Ferienguthaben

Es ist eine explizite, schriftliche Vereinbarung zu treffen, worin das Einverständnis des Mitarbeitenden, dessen Verzicht auf nachträglich erneute Geltendmachung sowie der Hinweis auf den Rechtsmissbrauch festgehalten werden. Dies gilt für obligatorische wie auch überobligatorische Guthaben.

## Ferienbezug während Kündigungsfrist *in natura* oder Auszahlung?

Ferien dienen der Erholung und müssen hierfür tatsächlich bezogen werden.<sup>11</sup> Eine Abgeltung ist grundsätzlich nicht möglich. Auch während der Kündigungsfrist müssen die Ferien *in natura* bezogen werden.<sup>12</sup> Ist der Bezug der Ferien bis zum Vertragsende jedoch nicht möglich oder zumutbar, sieht das Bundesgericht ausnahmsweise vom Abgeltungsverbot ab. Es entsteht ein Abgeltungsanspruch, der Ferienanspruch wird in eine Geldleistung umgewandelt.<sup>13</sup>

Die Auffassung, dass während der Kündigungsfrist keine Ferien bezogen werden können, ist in dieser Absolutheit falsch. Bereits bekannte gegebene Ferien sind zu beziehen. Für die Stellensuche, Bewerbungsgespräche oder Schnuppereinsätze muss zwar die benötigte Zeit freigegeben werden (Art. 329 Abs. 3 OR), doch die weiteren Suchbemühungen haben in der Freizeit zu erfolgen. Zudem bestimmt der Arbeitgeber den Zeitpunkt der Ferien (Art. 329c Abs. 2 OR). Er muss zwar auf die Wünsche des Mitarbeitenden Rücksicht nehmen, doch resultiert daraus kein Anspruch auf Freistellung und Auszahlung von Ferienguthaben. Wie viel Ferien in der Kündigungsfrist *in natura* bezogen werden können bzw. müssen, ist im Einzelfall festzulegen.

Diese Ansicht stützt das Bundesgericht in seinem Urteil vom 12. Februar 2002: «Aus der Gegenüberstellung der gesetzlichen Ferienregelung einerseits und der Rechtsnatur der Freistellung andererseits sowie dem Vergleich mit dem Fall des fristlos entlassenen Arbeitnehmers er-

gibt sich, dass auch in der Zeit der Freistellung das Abgeltungsverbot im Vordergrund steht und der Arbeitnehmer aufgrund der nach wie vor bestehenden Treuepflicht die Interessen des Arbeitgebers insoweit wahrzunehmen hat, als er die ihm zustehenden Ferientage nach Möglichkeit bezieht, ohne dass eine ausdrückliche Weisung des Arbeitgebers nötig ist, wobei die Arbeitssuche aber Vorrang hat. In zeitlicher Hinsicht lassen sich keine allgemeingültigen Aussagen machen. In der Lehre findet sich denn auch die allgemein gehaltene Formulierung, wonach die Abgeltung ausser Betracht fällt, wenn die Freistellungsdauer den Restanspruch deutlich überschreitet [...]. Jedenfalls darf nicht auf die im Zusammenhang mit der fristlosen Entlassung nach der Gerichtspraxis geltende Regel abgestellt werden, dass die Kompensation erst ab einer Freistellungsdauer von wenigstens zwei bis drei Monaten in Frage kommt. Massgebend ist vielmehr das im Einzelfall gegebene Verhältnis der Freistellungsdauer zur Anzahl der offenen Ferientage.»<sup>14</sup>

### Auszahlung von aufgelaufenen Ferienguthaben

Der Ferienbezug muss nicht zwingend angeordnet werden. Aufgrund der Treue- und Schadenminderungspflicht sind die Ferien, sofern zeitlich möglich, *in natura* zu beziehen.

### Fazit

Das Bundesgericht ist in seiner Rechtsprechung bei «Ferienlohn inbegriffen» sehr restriktiv. Eine Abgeltung des Ferienlohns durch sogenannte Ferienprocente ist grundsätzlich nicht zulässig. Aus-

nahmen machte das Bundesgericht bei sehr unregelmässigen oder kurzen Beschäftigungen. Hingegen sind durchaus Auszahlungen von Ferienguthaben im Bereich von überobligatorischen Ansprüchen oder bei aufgelaufenen Guthaben aus Vorjahren denkbar. Während einer Freistellung haben Mitarbeitende sodann Ferien zu beziehen, wobei im Einzelfall zu prüfen ist, wie viele Tage als kompensiert betrachtet und wie viele Tage auszubehalten sind.

#### Fussnoten

- 1 BGE 129 III 493 E. 3.1; BGE 134 III 399 3.2.4.1; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 329d N 2.
- 2 BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 329d N 11.
- 3 Urteil Bundesgericht vom 19. März 2018, 4A\_561/2017.
- 4 BGE 129 III 493 E. 3.2.
- 5 Urteil Bundesgericht vom 6. August 2018, 4A\_72/2018, E. 4.4.1.
- 6 Ebenda.
- 7 Ebenda.
- 8 Ebenda; BGE 129 III 493 E. 3.2 und 3.3.
- 9 BGE 129 III 493 E. 3.3.
- 10 STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 329a N 2 mit weiteren Hinweisen; WEBER ROMANA, Auszahlung von überobligatorischen Ferienansprüchen, in: ARV 2018 S. 105–113.
- 11 Urteil Bundesgericht vom 16. Mai 2011, 4A\_11/2011, E. 1.2; GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND/PÄRLI KURT, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Auflage, Bern, 2019, N 506.
- 12 Urteil Bundesgericht vom 11. September 2012, 4A\_183/2012 = JAR 2013 S. 345.
- 13 BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 329d N 11.
- 14 BGE 128 III 271.



**Dr. Nicole Vögeli Galli** ist Fachanwältin SAV Arbeitsrecht und Partnerin bei Küng & Vögeli Rechtsanwälte in Kloten.



**Nina Laukenmann** ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich und arbeitete bis Februar 2020 als Assistentin bei Küng & Vögeli Rechtsanwälte. Heute ist sie am Lehrstuhl Kley an der Universität Zürich als Hilfsassistentin tätig.



## Beratungsausbildung mit Wirkung

### Coaching, betriebl. Mentoring, Supervision und Resilienztraining

Eidg. Fachausweis und eidg. Diplom, CAS und MAS Zertifikate  
CAS- und MAS-Angebote in Kooperation mit dem IZB der PH Zug

Ausbildungsorte: Basel, Bern, Luzern, Olten, Zürich und Zürich Flughafen

Betriebl. Mentor/in mit eidg. Fachausweis


**coachingzentrum**  
 Beratungsausbildung mit Wirkung

Coachingzentrum Olten GmbH  
 Konradstrasse 30 | 4600 Olten  
[www.coachingzentrum.ch](http://www.coachingzentrum.ch)