



Anordnung Ferienbezug während Kündigungsfrist

Die Arbeitgeberin muss sicherstellen, dass ihre Mitarbeitenden ihre Ferien tatsächlich beziehen, indem sie den Ferienbezug nötigenfalls anordnet. Unterlässt die Arbeitgeberin die Anordnung der Ferien, muss sie bei deren Austritt ein allfälliges Ferienguthaben auszahlen. Das Obergericht des Kantons Zürich hat im Urteil LA220006-O/U vom 2. Februar 2023 klargestellt, dass diese Anordnungspflicht auch während der Kündigungsfrist gilt.

■ Von William Blatter und Lukas Breu

Sachverhalt/Hintergrund

A. (nachfolgend: «Mitarbeitender») war bei der B AG (nachfolgend: «Arbeitgeberin») ab dem 1. Juli 2016 vollzeitlich als Immobilienberater und Teamleiter im Aussendienst angestellt.

Im Jahr 2019 erkrankte der Mitarbeitende vom 14. Mai 2019 bis zum 31. August 2019 sowie vom 1. September 2019 bis zum 31. Oktober 2019. Der Arzt attestierte ihm für die gesamte Dauer der Arbeitsunfähigkeit, dass er ferienfähig war. Seit Beginn der Arbeitsunfähigkeit am 14. Mai 2019 hat der Mitarbeitende keine Ferien mehr bezogen.

Mit Schreiben vom 13. August 2019 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis per 13. Oktober 2019.

Am 17. September 2020 klagte der Mitarbeitende beim Arbeitsgericht Zürich eine Ferienentschädigung für 24 nicht bezogene Ferientage ein. Der Mitarbeiter verlangte, dass die Arbeitgeberin zu verurteilen sei, ihm insgesamt CHF 17 579.10 zuzüglich 5% Zins seit dem 14. Oktober 2019 aufgrund Ferienentschädigung zu bezahlen.

Das angerufene Arbeitsgericht wies die Klage des Mitarbeitenden ab. Das Gericht erwog, dass Ferien während des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen abgegolten werden, sondern tatsächlich zu beziehen seien. Dieses Abgeltungsverbot gelte grundsätzlich auch während der Kündigungsfrist. Die Ferien seien einzig dann in Geld abzugelten, wenn ihr Bezug in der bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses verbleibenden Zeit nicht mehr möglich oder zumutbar sei. Weil der Mitarbei-

tende ferienfähig gewesen sei, habe er während seiner krankheitsbedingten Abwesenheit die Möglichkeit gehabt, seinen Ferienanspruch zu kompensieren. Die Arbeitgeberin habe ihn nicht auffordern müssen, die Ferien zu beziehen. Folglich sei der Ferienanspruch des Mitarbeitenden untergegangen.

Wichtige gesetzliche Bestimmungen

Das Arbeitsgericht stützt sich bei seiner Urteilsbegründung auf die folgenden gesetzlichen Grundlagen:

1. Gemäss Art. 329c Abs. 2 OR bestimmt der Arbeitgeber den Zeitpunkt der Ferien und nimmt dabei auf die Wünsche des Arbeitnehmers so weit Rücksicht, als dies mit den Interessen des Betriebs oder Haushalts vereinbar ist.
2. Gemäss Art. 329d Abs. 1 und Abs. 2 OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn zu entrichten. Die Ferien dürfen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden.

Das Obergericht befasste sich sodann mit der Frage, ob die Arbeitgeberin gestützt auf Art. 329c Abs. 2 OR verpflichtet war, den Ferienbezug anzuordnen (Ziff. 1 hiervor).

Erwägungen des Obergerichts

Das Obergericht wiederholt zunächst den Grundsatz, dass die Ferien der Erholung des Arbeitnehmers dienen und deshalb grundsätzlich nicht abgegolten werden dürfen. Vielmehr sind die Ferien tatsächlich zu beziehen (vgl. Ziff. 2: Art. 329d Abs. 1 und Abs. 2 OR hiervor).

Sodann kommt das Obergericht zum Schluss, dass es in der Verantwortung der Arbeitgeberin liegt, den Ferienbezug festzulegen und dafür zu sorgen, dass der Mitarbeitende seine Ferien tatsächlich bezieht. Es stützt sich dabei auf den Gesetzeswortlaut, wonach die Arbeitgeberin den Zeitpunkt der Ferien bestimmt (vgl. Ziff. 1: Art. 329c Abs. 2 OR hiervor). Zudem verweist das Obergericht darauf, dass die Arbeitgeberin die Beweislast dafür trägt, wie viele Ferientage der Mitarbeitende bezogen hat.

Hat der Mitarbeitende zum Beendigungszeitpunkt einen offenen Feriensaldo, muss die Arbeitgeberin die nicht bezogenen Ferientage auszahlen. Die Arbeitgeberin kann die Auszahlung nur dann verweigern, wenn sie den Mitarbeitenden zum Ferienbezug in der Kündigungsfrist explizit aufgefordert hat und der Mitarbeitende diese Ferien aber entgegen dieser Anordnung nicht bezogen hat.

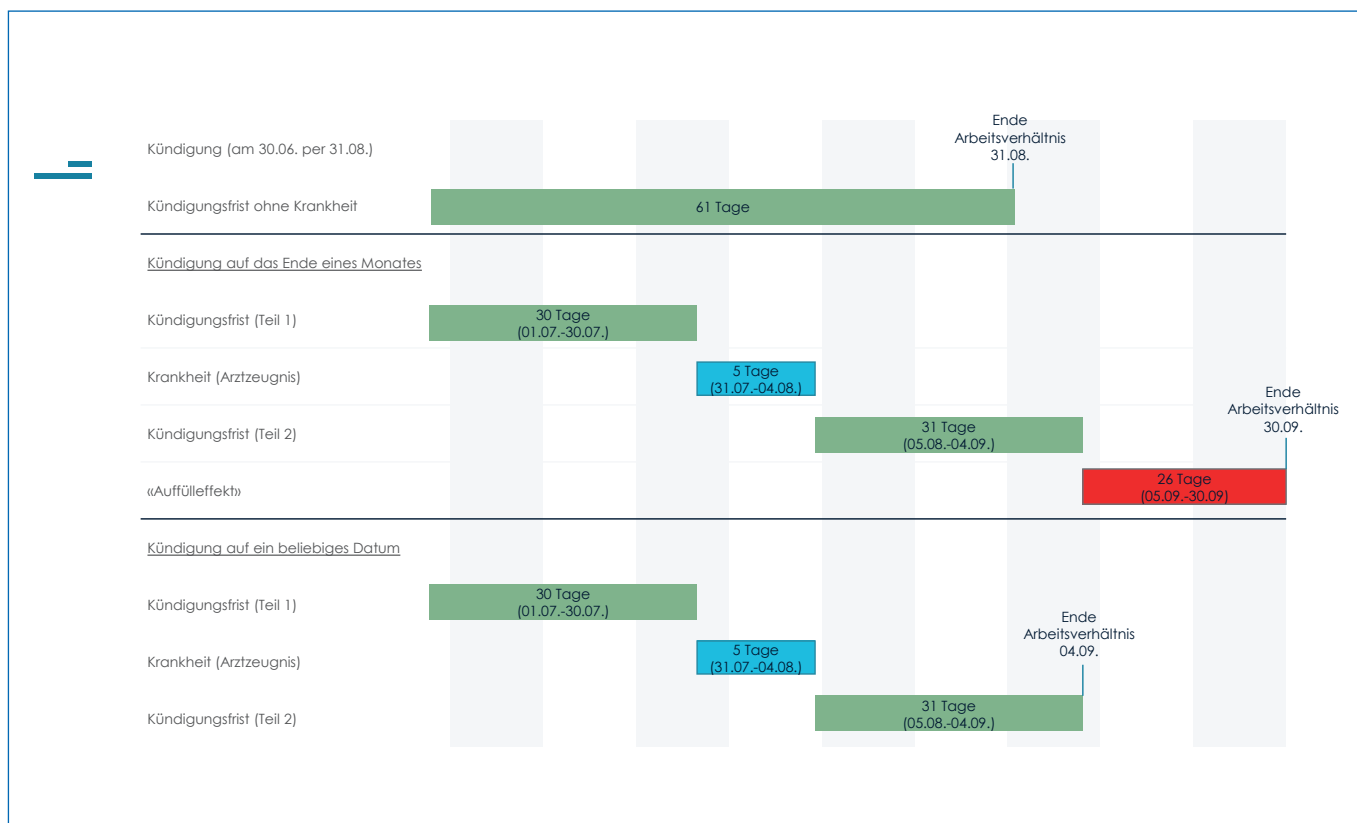
Das Obergericht hält noch fest, dass der Mitarbeitende eigenmächtig die Ferien gar nicht beziehen dürfe. Ein solcher eigenmächtiger Bezug von Ferien ist in der Regel ein Grund für eine fristlose Entlassung.

Weil die Arbeitgeberin den Mitarbeitenden nicht aufgefordert hat, die Ferien zu beziehen, hebt das Obergericht das vorinstanzliche Urteil auf und verurteilt die Arbeitgeberin, dem Mitarbeitenden CHF 17 579.10 zuzüglich 5% Zins seit dem 14. Oktober 2019 aufgrund der verbliebenen 24 Ferientage zu bezahlen.

Würdigung

Die Situation, dass Mitarbeitende während der laufenden Kündigungsfrist erkranken, ist in der Praxis häufig anzutreffen. Wollen die Arbeitgeber verhindern, dass sie ein allfälliges Feriensaldo auszahlen müssen, empfiehlt es sich zu prüfen, ob der Mitarbeitende trotz der Krankheit ferienfähig ist. Ist der Mitarbeitende nicht bereit, Auskunft über seine Ferienfähigkeit zu geben, darf die Arbeitgeberin beim behandelnden Arzt nachfragen. Kann die Ferienfähigkeit nicht ermittelt werden, ist dies schriftlich festzuhalten und für den Fall der Ferienfähigkeit der Bezug des offenen Feriensaldos anzuordnen.

Sodann muss die Arbeitgeberin beweisen können, ob und wann der Mitarbeitende sei-



nen Ferienanspruch bezogen hat. Der Beweis des Ferienbezugs gestaltet sich in der Praxis schwierig. Mit der Anordnung des Ferienbezugs ist der Mitarbeitende aufzufordern, den Zeitpunkt des Ferienantritts bei der vorgesetzten Stelle zu melden. Unterlässt der Mitarbeitende eine solche Meldung, kann dies in einem allfälligen Prozess als Weigerung zum Ferienbezug ausgelegt werden. Die Weigerung zum Bezug der Ferien befreit die Arbeitgeberin von ihrer Auszahlungspflicht.

Anders als im vorliegenden Fall verhält es sich bei einer unwiderruflichen Freistellung infolge Kündigung. In diesem Fall hat der Mitarbeitende aufgrund der Treuepflicht die ihm zustehenden Feiertage nach Möglichkeit zu beziehen. Eine ausdrückliche Anordnung des Ferienbezugs durch die Arbeitgeberin ist nicht notwendig. Wie viele Ferientage zu beziehen sind, ergibt sich aus dem Verhältnis der Freistellungsdauer zur Anzahl der offenen Ferientage. Als Faustregel gilt, dass der Mitarbeitende Ferientage im Umfang von einem Drittel der Freistellungsdauer zu beziehen hat.

Exkurs: Beendigungszeitpunkt

Im Zusammenhang mit dem Urteil des Obergerichts ist noch folgendes Sachverhaltsele-

ment erwähnenswert: Gemäss dem Arbeitsvertrag zwischen den Parteien konnte das Arbeitsverhältnis auf ein beliebiges Datum gekündigt werden. Gemäss Art. 335c Abs. 1 OR kann das Arbeitsverhältnis jeweils auf das Ende eines Monats gekündigt werden. Abweichende Vereinbarungen sind jedoch zulässig.

Die Vereinbarung eines beliebigen Beendigungsdatums bietet zwei Vorteile:

- Zum einen verschafft die Vereinbarung eines beliebigen Beendigungsdatums für beide Parteien mehr Flexibilität.
- Zum anderen schützt die Vereinbarung eines beliebigen Beendigungsdatums die Arbeitgeberin, wenn der gekündigte Mitarbeitende in der Kündigungsfrist arbeitsunfähig wird. Ist die Kündigung einzig auf das Ende eines Monats möglich, wird das Arbeitsverhältnis nicht einzig um die Dauer der Arbeitsunfähigkeit verlängert, sondern um einen weiteren Monat (sog. Auffülfleffekt). Demgegenüber wird durch die Kündigung auf ein beliebiges Datum das Arbeitsverhältnis einzig um die tatsächliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit verlängert (vgl. obige Grafik).

Zusammenfassung

Kann die Arbeitgeberin nicht beweisen, dass der Mitarbeitende die Ferien bezogen hat, oder ordnet die Arbeitgeberin dem Mitarbeitenden die Ferien nicht an, muss die Arbeitgeberin dem Mitarbeitenden bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses den verbleibenden Ferienanspruch auszahlen.

Folglich ist jeder Arbeitgeberin zu empfehlen,

1. den Zeitpunkt des Ferienbezugs aller Mitarbeitenden zu dokumentieren;
2. zum Zeitpunkt der Aussprache der Kündigung dem jeweiligen Mitarbeitenden den Ferienbezug schriftlich anzuordnen, sofern der Mitarbeitende verbleibende Ferienansprüche hat.

AUTOREN



William Blatter ist Rechtsanwalt bei Domenig & Partner Rechtsanwälte AG in Bern. Er berät Unternehmen im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht und vertritt diese vor staatlichen Gerichten.



Lukas Breu ist Rechtsanwalt bei Domenig & Partner Rechtsanwälte AG in Bern. Er berät Unternehmen im Arbeits- und Datenschutzrecht und vertritt diese vor staatlichen Gerichten.