

ARBEITSRECHT

JULI/AUGUST 2023
NEWSLETTER **07**

KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE – PERSPEKTIVEN



Liebe Leserin, lieber Leser

Aktuell und in den nächsten Wochen dürften viele Mitarbeitende unbeschwert in den Ferien verweilen. Aus rechtlicher Sicht stellen sich in Bezug auf die Ferien jedoch oftmals komplexe Fragen. In unserem ersten Top-Thema erhalten Sie daher einen Überblick über den **Ferienanspruch und seine Kürzung**.

Nicht nur der gesetzliche Ferienanspruch, sondern auch diverse weitere Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis sind zwingender Natur und unterliegen einem sog. **Verzichtsverbot**. Dieses kann insbesondere auch bei Aufhebungsvereinbarungen am Ende des Arbeitsverhältnisses zum Stolperstein werden. Unser zweites Top-Thema widmet sich daher dem Verzichtsverbot.

Beste Grüsse

Marc Ph. Prinz, Herausgeber, Head of Employment VISCHER

IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema:
Ferienanspruch
und -kürzung Seite 1
- FAQ:
Ferienanspruch
und -kürzung Seite 4
- Top-Thema:
Verzichtsverbot Seite 5
- Gerichtsentscheid:
Fristlose Kündigung Seite 8
- Fachbeitrag:
Personaldossier Seite 11

Der Ferienanspruch und seine Kürzung

Ferien sind zentral zur Erholung und damit für die Gesundheit der Arbeitnehmenden. Entsprechend viele zwingende Regeln gibt es dazu. Nachstehend wird erläutert, welche Regeln betreffend Ferien besonders wichtig sind und unter welchen Umständen bei längeren Absenzen eine Ferienkürzung zulässig ist.

■ **Von Gian Geel und Christian Ammann**

Unverzichtbarer Ferienanspruch

Alle Arbeitnehmenden haben Anspruch auf mindestens vier Wochen Ferien pro Jahr (fünf Wochen bis zum vollendeten 20. Altersjahr), wovon mindestens zwei Wochen am Stück gewährt werden müssen. Dieser Ferienanspruch ist zwingend zu beziehen und darf im laufenden Arbeitsverhältnis nicht durch Geld abgegolten werden.

Auch ein Verfall bei Nichtbezug (z. B. während des jeweiligen Jahres) ist trotz anderslautender Bestimmungen im Arbeitsvertrag oder Personalreglement in aller Regel ungültig, und die zwingende Verjährungsfrist von fünf Jahren kommt zur Anwendung. Die Verjährung von Ferienansprüchen ist eher selten, denn gemäss Praxis gelten bei Ferienbezug immer die «ältesten» Ferientage als bezogen.

Erholungszweck und Nachgewährung

Ferien dienen primär der körperlichen und geistigen Erholung von der Arbeit. Sie gelten nur dann als bezogen, wenn dieser Erholungszweck verwirklicht wurde. Bei Krankheit, Unfall oder (erwarteter) ständiger Erreichbarkeit bzw. Kontaktierung während der Ferien kann dies je nach Intensität der Beeinträchtigung dazu führen, dass die betreffenden Tage als nicht bezogen gelten und nachgewährt werden müssen.

Wird von der Arbeitgeberin die ständige Erreichbarkeit erwartet, kann die Zeit der Abwesenheit nicht als Ferienbezug angerechnet werden. Auch Kadermitarbeitende müssen keine permanente Einbindung in den betrieblichen Alltag (z. B. durch tägliches Abarbeiten der E-Mails oder ständige Telefonate) hinnehmen.



Zu bejahen ist der Ferienbezug dagegen, wenn sich Arbeitnehmende freiwillig, also ohne dass es von ihnen erwartet wird, auf dem Laufenden halten. Eine weitere Ausnahme ist anzunehmen, wenn die Erreichbarkeit nur für betriebliche Notfälle erwartet und beansprucht wird, die Arbeitnehmenden aber ansonsten nicht in den Ferien behelligt werden. Hier kann für Kadermitarbeitende allenfalls ein etwas grosszügigerer Massstab angewendet werden.

Für eine Ferienunfähigkeit aufgrund von Krankheit oder Unfall würden beispielsweise blosse Kopfschmerzen, eine Magenverstimmung oder eine Erkältung noch nicht genügen. Bei Bettlägerigkeit oder gar Spitalaufenthalt ist die Ferienfähigkeit hingegen ausgeschlossen. Die Ferienfähigkeit kann trotz Arbeitsunfähigkeit gegeben sein und umgekehrt. Falls Feiertage (wie z. B. Ostern, Weihnachten oder 1. August) in die Ferien fallen, gelten diese ebenfalls nicht als bezogene Ferientage.

Bestimmung des Ferienzeitpunkts

Grundsätzlich bestimmt die Arbeitgeberin, wann die Arbeitnehmenden Ferien beziehen.

Dabei hat sie aber deren Wünsche zu berücksichtigen, soweit dies mit den Interessen des Betriebs vereinbar ist. Es ist also eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei die Interessen der Arbeitgeberin im Zweifelsfall vorgehen.

Nach herrschender Lehre und Praxis muss die Arbeitgeberin den Arbeitnehmenden die zu beziehenden Ferien in der Regel mindestens drei Monate im Voraus ankündigen, damit diese die Ferien vorbereiten und z. B. Flug und Hotel buchen können. Eine kurzfristige Ankündigung, die Abänderung bereits vereinbarter Ferien oder gar ein Rückruf aus den Ferien ist grundsätzlich nur in Fällen unvorhersehbarer, betrieblicher Dringlichkeit zuzulassen, wobei aber immer die Interessenabwägung im Einzelfall entscheidend ist. Ein den Arbeitnehmenden aus Änderung oder Rückruf entstehender Schaden ist zu ersetzen.

Die Arbeitgeberin kann Betriebsferien einführen (z. B. über Weihnachten und Neujahr), an denen der Betrieb geschlossen wird und die Arbeitnehmenden Ferien beziehen müssen. Nur besondere Arbeitnehmerinteressen können Ausnahmen rechtfertigen.

Ferienkürzung

Ferien müssen fortlaufend durch Arbeit verdient werden und dienen primär der Erholung von der Arbeit. Es gilt das Prinzip «ohne Arbeit keine Ferien». Bei längeren Absenzen ist also grundsätzlich eine Ferienkürzung angebracht. Wenn aber Arbeitnehmende nicht arbeiten können, weil sie verhindert sind, so können sie sich in dieser Zeit meist auch nicht erholen. In solchen Fällen schützt das Gesetz (Art. 329b OR) die Arbeitnehmenden mit Schonfristen in gewissem Mass vor einer Ferienkürzung, abgestuft nach dem Grund der Verhinderung.

Ist eine allenfalls anwendbare Schonfrist verstrichen, und hat der Arbeitnehmer zudem innert eines Dienstjahrs (oder Kalenderjahrs, falls dieses für die Ferien als massgebend vereinbart wurde) mindestens einen vollen Monat gefehlt, kann die Arbeitgeberin die Ferien des Arbeitnehmers für jeden vollen Monat der Abwesenheit um 1/12 des jährlichen Ferienanspruchs kürzen.

Volle Monate in Arbeitstagen

Nach herrschender Lehre und Praxis berechnen nur die vollen Monate der Arbeitsverhinderung, welche die nachstehend erläuterten



Schonfristen übersteigen, nicht auch die in eine Schonfrist fallenden Monate, zur Ferienkürzung. Angebrochene Monate werden nicht berücksichtigt.

Was ist ein voller Monat? In der Praxis wird bei einer Vollzeitbeschäftigung von einer durchschnittlichen Anzahl von 21,75 Arbeitstagen pro Monat ausgegangen. Bei Teilzeitbeschäftigung ist diese Zahl entsprechend dem Pensum anteilmässig zu reduzieren.

Mehrere von Art. 329b OR erfasste Verhinderungen, sei es aus demselben oder aus verschiedenen Gründen, werden für die Berechnung der Ferienkürzung zusammengezählt, soweit sie sich nicht überschneiden.

Schonfristen

Art. 329b OR gewährt den Arbeitnehmenden verschiedene Schonfristen, während derer trotz Verhinderung an der Arbeitsleistung keine Ferienkürzung erfolgen darf. Die einzelnen Schonfristtatbestände werden unter den nachstehenden Titeln erläutert.

Für jedes Dienstjahr haben Arbeitnehmende einen neuen Anspruch auf die Schonfristen von Art. 329b OR. Hält eine Arbeitsverhinderung von einem Dienstjahr ins neue hinein an, kommen die Arbeitnehmenden zweimal in den Genuss der anwendbaren Schonfrist. Auch für ein unvollständiges Dienstjahr gilt die volle Schonfrist; es findet keine proportionale Kürzung statt.

Auch bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit sind die Ferien zu kürzen, wobei aber eine dem Grad der Arbeitsunfähigkeit entsprechende proportionale Verlängerung der vollen Monate der Arbeitsverhinderung und der Schonfristen vorzunehmen ist. Denn die Arbeitnehmenden haben ja teilweise gearbeitet und damit einen zu schützenden Ferienanspruch erworben. Bei 50% Arbeitsunfähigkeit wird die Schonfrist und der volle Monat einer Arbeitsverhinderung also doppelt so lang.

Verschuldete Verhinderung

Sind Arbeitnehmende durch ihr Verschulden um mehr als einen vollen Monat pro Dienstjahr an der Arbeitsleistung verhindert, kann ihr Ferienanspruch gemäss Art. 329b Abs. 1 OR sofort (also ohne zusätzliche Schonfrist) für jeden vollen Monat Absenz um 1/12 gekürzt werden.

Unverschuldete Verhinderung

Art. 329b Abs. 2 OR sieht für Arbeitsverhinderungen, die zwar in der Person der Arbeitnehmenden gründen, aber von diesen nicht verschuldet wurden, eine Schonfrist von einem Monat vor. Das Gesetz selbst nennt als Beispiele Krankheit, Unfall, Erfüllung eines öffentlichen Amtes oder Jugendurlaub. Eine Ferienkürzung kann in solchen Fällen erst nach zwei vollen Monaten Abwesenheit stattfinden. Dabei darf der erste Monat der Verhinderung bei der Berechnung der Ferienkürzung nicht mitgezählt werden. Zwei volle Monate Abwesenheit mit 100% Arbeitsunfähigkeit ergeben

somit in solchen Fällen eine Ferienkürzung um 1/12 des Jahresanspruchs.

Schwangerschaft und Urlaub

Für Arbeitsverhinderungen wegen Schwangerschaft beträgt die Schonfrist zwei Monate, und eine Ferienkürzung darf erst nach drei vollen Monaten Absenz stattfinden. Auch hier dürfen bei der Berechnung der Ferienkürzung die ersten zwei Monate der Verhinderung nicht mitgezählt werden. Sind Arbeitsverhinderungen aufgrund von Schwangerschaft und der vorgenannten unverschuldeten Verhinderungen im selben Dienstjahr gegeben, werden die Schonfristen nicht etwa zusammengezählt, sondern es gilt die längere, zweimonatige Frist für alle Verhinderungen.

Gar nicht gekürzt werden dürfen Ferien wegen des Bezugs von Urlauben bei Mutterschaft (Art. 329f OR), Vaterschaft (Art. 329g OR), Adoption (Art. 329j OR) oder für die Betreuung eines wegen Krankheit oder Unfall gesundheitlich schwer beeinträchtigten Kindes (Art. 329i OR).

AUTOREN



Gian Geel, LL.M., ist Fachanwalt SAV Arbeitsrecht und Mitglied der Fachgruppe Arbeitsrecht der Kanzlei VISCHER. Er berät und vertritt nationale und internationale Klienten in allen Belangen des Arbeitsrechts.



Christian Ammann ist Junior Associate der Kanzlei VISCHER. Er unterstützt die Rechtsanwältinnen bei der Beratung und Vertretung in allen Belangen.

ZeugnisManager.ch

Rechtssichere Arbeitszeugnisse per Knopfdruck generieren.

Bereits ab CHF 498.–/Jahr



Fragen & Antworten zum Thema Ferienanspruch und -kürzung

Häufig tauchen in der Praxis Fragen oder Unsicherheiten in Bezug auf Ferienanspruch und -kürzung auf. Nachstehend finden Sie Antworten auf häufige Fragen.

■ Von Gian Geel und Christian Ammann



Frage: Sind Teilzeitangestellten im Vergleich zu Arbeitnehmenden im Vollpensum jährlich gleich viele Ferientage zu gewähren?

Antwort: Sämtliche Arbeitnehmenden haben unabhängig davon, ob sie im Vollzeit- oder Teilzeitpensum angestellt sind, für jedes Dienstjahr Anspruch auf mindestens vier Wochen Ferien (fünf Wochen bis zum vollendeten 20. Altersjahr). Die Anzahl der tatsächlich zu gewährenden Ferientage bemisst sich allerdings nicht anhand der Kalenderwoche, sondern bezogen auf die individuelle Arbeitswoche.

Zur Veranschaulichung: Während Vollzeitangestellten (fünf Arbeitstage pro Woche) bei vier Wochen Ferien im Jahr 20 Ferientage zu gewähren sind, haben Teilzeitangestellte im 50%-Pensum (zweieinhalb Arbeitstage pro Woche) bloss einen Anspruch auf zehn Ferientage.

Frage: Sind Arbeitnehmenden, die während den Ferien an einer Erkältung, Kopfschmerzen, einer Verstauchung oder sonstigen leichten Verletzungen leiden, zusätzliche Ferien nachzugewähren?

Antwort: Nein. Solche leichten Erkrankungen/Unfälle beeinträchtigen den Erholungszweck der Ferien in aller Regel noch nicht. Ein Nachgewährungsanspruch besteht nur, wenn die

Gesundheitsbeeinträchtigung von gewisser Intensität ist. Eine Ferienunfähigkeit steht oft in Zusammenhang mit wiederholten Arztbesuchen, starken Schmerzen oder Bettruhe. Die Arbeitnehmenden tragen dabei die Beweislast, dass sie sich während ihrer Ferien nicht erholen konnten. Die Arbeitgeberin kann die Nachgewährung deshalb allenfalls davon abhängig machen, dass ihr ein entsprechendes Arztzeugnis vorgelegt wird. Wünschenswert, aber in der Praxis leider nicht sonderlich verbreitet ist, dass sich Arztzeugnisse in solchen Fällen explizit über die Ferienfähigkeit äussern.

Frage: Darf die Arbeitgeberin verlangen, dass die Arbeitnehmenden während der Ferien ständig erreichbar sind?

Antwort: Grundsätzlich nicht. Die ständige Erreichbarkeit (z.B. tägliches Bearbeiten von E-Mails oder Kundentelefonate) ist mit einer dauerhaften Belastung verbunden, die mit dem Erholungszweck der Ferien unvereinbar ist. Wird eine permanente Einbindung in den Betriebsalltag gefordert, so gelten die Abwesenheitstage nicht als Ferienbezug. Wird jedoch bloss eine Erreichbarkeit für Notfälle erwartet oder halten sich die Arbeitnehmenden freiwillig auf dem aktuellen Stand, so bleibt der Erholungszweck der Ferien weiterhin gewahrt, und die Ferien gelten als bezogen.

Frage: Dürfen die Parteien vereinbaren, dass am Ende des Dienstjahrs die noch offenen Ferientage verfallen oder durch einen Lohnzuschlag abgegolten werden?

Antwort: Grundsätzlich nein. Das Gesetz sieht zwingend vor, dass Ferienguthaben während des Arbeitsverhältnisses bezogen und nicht durch Geld oder andere Vergütungen abgegolten werden dürfen (Art. 329d Abs. 2 OR). Eine Verfallsvereinbarung wäre ungültig, und zwingende Verjährungsvorschriften gelangen zur Anwendung (Verjährungsfrist von fünf Jahren ab Fälligkeit). Dies gilt unabhängig von einer anderslautenden Vereinbarung oder der Zustimmung der Arbeitnehmenden. Noch nicht bezogene Ferientage sind entsprechend auf das Ferienguthaben des darauffolgenden Dienstjahrs anzurechnen.

Umstritten und unseres Erachtens angesichts des Gesetzeswortlauts eher zu bejahen ist die Frage, ob das Abgeltungsverbot auch für den überobligatorischen Ferienanspruch gilt. Jedenfalls zulässig ist eine Abgeltung am Ende des Arbeitsverhältnisses, wenn die Ferien nicht mehr in natura bezogen werden konnten.

Frage: Darf der Feriensaldo einer Arbeitnehmerin gekürzt werden, wenn sie in demselben Dienstjahr zunächst eineinhalb Monate wegen Krankheit und danach zwei Monate wegen Schwangerschaft an der Arbeitsleistung verhindert war?

Antwort: Ja. Mehrere von Art. 329b OR erfasste Verhinderungen, sei es aus demselben oder aus verschiedenen Gründen, werden für die Berechnung der Ferienkürzung zusammengezählt, soweit sie sich nicht überschneiden.

Sind Arbeitsverhinderungen aufgrund von Schwangerschaft und unverschuldeter Krankheit im selben Dienstjahr gegeben, werden die Schonfristen nicht etwa zusammengezählt, sondern es gilt die längere, zweimonatige Schonfrist bei Schwangerschaft für alle Verhinderungen. Vorliegend war die Arbeitnehmerin insgesamt dreieinhalb Monate an der Arbeit verhindert. Mit anderen Worten war sie nach Ablauf der zweimonatigen Schonfrist einen vollen Monat verhindert, weshalb ihr Feriensaldo für dieses Dienstjahr um 1/12 gekürzt werden kann.