

FESTSCHRIFT FÜR ADRIAN VON KAENEL

Herausgegeben von

Wolfgang Portmann

Gabriel Aubert

Roland A. Müller

Roger Rudolph



Schulthess §

FESTSCHRIFT FÜR ADRIAN VON KAENEL

Herausgegeben von

Wolfgang Portmann

Gabriel Aubert

Roland A. Müller

Roger Rudolph

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Genf 2022

ISBN 978-3-7255-8375-1

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	VII
WOLFGANG PORTMANN	
Adrian von Kaenel – Kompetenz und Vielseitigkeit in Person	1
GABRIEL AUBERT	
Les plateformes Uber : désactiver le droit du travail ?	7
ROLAND BACHMANN	
Schiedsfähigkeit kollektiver Arbeitsstreitigkeiten	17
ALFRED BLESİ	
Der vielbeschäftigte Verwaltungsrat und die Versicherung seines Entgelts	35
CHRISTIAN BRUCHEZ	
Les conventions relatives à la formation du travailleur	49
GEORGES CHANSON	
Terminierungen im Arbeitsvertrag	65
HELİN CİGERLİ / CECİLİA SCHULER / ROGER RUDOLPH	
Umziehzeiten als Arbeitszeit	95
JEAN-PHILIPPE DUNAND / PASCAL MAHON	
Quatrième révolution industrielle, digitalisation et numérisation, pandémie du Covid-19 : le droit du travail à la croisée des chemins ?	107
	XI

MARTIN FARNER

Lohnschutz nach Schweizer und EU-Recht 119

THOMAS GÄCHTER / MATTHIAS APPENZELLER

Arbeitnehmermitsprache bei der Wahl des Sozialversicherers 131

THOMAS GEISER

Wie ist Arbeit und Familie vereinbar? 147

CHRISTIAN GERSBACH / CHRISTINA WINTER

Sozialpläne – Aktuelle Entwicklungen 161

WERNER GLOOR

**L'obligation de restituer le logement mis à disposition
par l'employeur** 173

LUKASZ GREBSKI

Tarifeinheit, Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität 191

CHRISTOPH HÄBERLI

**Gesamtarbeitsvertragliche Vorruhestandsregelungen und
Veränderungen in den betrieblichen Gegebenheiten** 209

RENÉ HIRSIGER / THOMAS PIETRUSZAK

**Fringe Benefits der Arbeitgeberin an ihre Rentner –
rechtliche Einordnung und Möglichkeit der
Leistungseinstellung** 223

ROGER HISCHIER

Doppelrelevante Tatsachen im Arbeitsprozess 235

MARC HÜRZELER

**Einige Gedanken zu den Wirkungen von Art. 333 OR
(insbesondere Absatz 2) auf das Vorsorgeverhältnis in
der beruflichen Vorsorge** 253

UELI KIESER

**Tätigkeiten im Parlament –
Arbeitnehmerin/Arbeitnehmer oder etwas Sonstiges?** 259

ANNE MEIER

Questions pratiques sur les enquêtes internes à l'entreprise 275

MARTIN L. MÜLLER

Die Gewerkschaft in der Massentlassung 301

ROLAND A. MÜLLER / OLIVER SCHMID

Friedenspflicht im schweizerischen Arbeitsrecht 315

ROLAND MÜLLER / MANUEL STENGEL

Rechtsfragen um Ferien – Aktuelle Probleme 329

RAHEL A. NEDI / ANDREAS HOLENSTEIN

**Neue Urlaubsformen für Arbeitnehmende mit
Familien- und Angehörigenpflichten** 347

KURT PÄRLI / PIA MEIER

Anstellungsdiskriminierung 363

CHRISTOPH SENTI

**Das Ermessen des Arbeitgebers bei der Gratifikation
nach Art. 322d OR** 381

JEAN-FRITZ STÖCKLI

Bindung der GAV-Parteien an die Verfassung 397

OTHMAR STRASSER

**Das Melderecht gemäss Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB als
Grundlage für externes Whistleblowing bei der
Bekämpfung der Geldwäscherei?** 413

ISABELLE WILDHABER / FRÉDÉRIC BARTH

«Grünes Arbeitsrecht» – Klimawandel und Nachhaltigkeit als rechtliche Herausforderungen für das Arbeitsverhältnis	429
--	------------

HANSRUEDI WYSS

Konfliktbelastete Arbeitsverhältnisse	439
--	------------

Verzeichnis der Publikationen von Adrian von Kaenel	453
--	------------

Rechtsfragen um Ferien – Aktuelle Probleme

ROLAND MÜLLER / MANUEL STENGEL

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung und Problemstellung	329
II.	Bestimmungsrecht bei Ferien	331
	A. Allgemeines	331
	B. Anordnung von einzelnen Ferientagen	332
	C. Auskunft über die Feriendestination	333
	D. Bezug des restlichen Ferienguthabens bei Kündigung	334
III.	Ferienunfähigkeit	336
	A. Grundsatz und Verhältnis zur Arbeitsunfähigkeit	336
	B. Bedeutung von ausländischen Arztzeugnissen	337
	C. Ferienverhinderung durch Erfüllung gesetzlicher Pflichten	338
IV.	Verhinderte Rückkehr	339
	A. Theoretische Ausgestaltung	339
	B. Anwendung der Grundsätze auf verschiedene Verhinderungsgründe	340
V.	Verjährung und Fälligkeit von Ferien	342
	A. Verjährung	342
	B. Fälligkeit	343
	C. Bezug des jüngsten Ferienanspruchs	344
VI.	Zusammenfassung und Empfehlungen	345

I. Einleitung und Problemstellung

Rechtsfragen um Ferien können wohl in jedem Arbeitsverhältnis entstehen. Das gilt sowohl für privatrechtliche als auch für öffentlich-rechtliche Einzelarbeitsverträge. Davor sind selbst Universitätsdozenten und renommierte Arbeitsrechtsspezialisten wie Adrian von Kanel nicht gefeit. So könnte es durchaus vorkommen, dass er gemeinsam mit seiner Berner Sennenhündin Lotti im Ausland Ferien genießt. Doch Lotti erkrankt schwer und muss nun intensiv gepflegt werden. Führt dies zu einer Ferienunfähigkeit des Hundebesitzers und hat er demzufolge Anspruch auf Nachgewährung der Ferien? Und wenn schliesslich eine

Rückkehr in die Schweiz wegen einer Pandemie vorübergehend nicht mehr möglich ist, muss dann die Universität als Arbeitgeberin den Lohn für die ausgefallenen Vorlesungen trotzdem entrichten? Selbstverständlich werden diese Fragen nachstehend klar beantwortet, sowohl aus grossem Respekt für die ausserordentlichen Verdienste von Adrian von Kaenel für das schweizerische Arbeitsrecht als auch aus Liebe zu den einzigartigen Berner Sennehunden, selbst wenn diese wie Lotti gelegentlich Turnschuhe (und zwar vom Arbeitsrechtsprofessor Roger Rudolph) anknabbern.

In der Literatur wird nur ein Teil der möglichen Probleme im Zusammenhang mit Ferien thematisiert, insbesondere:

- Zeitpunkt der Ferien
- Berechnung der Ferien
- Ferienkürzung
- Ferienlohn
- Abgeltung von Ferien
- Rückforderung zu viel bezogener Ferien.

Abhandlungen dieser und ähnlicher Fragen finden sich bereits in diversen Publikationen.¹ Aber auch diese Themen sind noch nicht abschliessend diskutiert worden. So ist bspw. noch immer unklar, ob das Abgeltungsverbot von Ferien nur für die in Art. 329a OR zwingend vorgesehenen Ferien gelte und demnach die freiwillig darüber hinaus gewährten Ferien sehr wohl durch eine Geldleistung abgegolten werden dürfen oder ob das Abgeltungsverbot für alle Arten von Ferien gelte.² Auch stellt sich bspw. die Frage, ob man Überstunden und Überzeit durch die Gewährung von Ferien kompensieren könne. Die Kompensation von Überstunden durch die Gewährung einer zusätzlichen Ferienwoche scheint dabei weit weniger problematisch zu sein als eine entsprechende Kompensation von Überzeit. Letzteres dürfte zumindest immer dann problematisch werden, wenn die geleistete Überzeit eine längere Kompensationszeit erfordern würde als die von der Arbeitgeberin dafür gewährten Ferien. Die Beantwortung dieser Fragen muss hier teilweise offenbleiben. Die Fragen sollen vielmehr zum Nachdenken anregen. Die Autoren werden im Folgenden keine vollständige Abhandlung sämtlicher Rechtsfragen rund um die Ferien anbieten können. Vielmehr soll auf einzelne, aktuelle und interessante Probleme im Zusammenhang mit Ferien näher eingegangen werden.

¹ EGLI, Strittige Fragen zum Thema "Ferien", ArbR 2006, 119 ff.; CEROTTINI, Le droit aux vacances, Diss. Lausanne 2001; AUBERT GABRIEL, Le droit de vacances, in Journée 1991 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zürich 1991, 111 ff.; sowie Kommentare und Lehrbücher zum Arbeitsrecht.

² Dazu ausführlich und zustimmend VERDE MICHEL, Auszahlung angesammelter Ferienguthaben, in AJP 2018, 709 f., m.w.H.

II. Bestimmungsrecht bei Ferien

A. Allgemeines

Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf vier Wochen, bis zum vollendeten 20. Altersjahr auf mindestens fünf Wochen Ferien pro Jahr (Art. 329a OR). Massgebend für die Berechnung ist das *Dienstjahr*, wenn nicht zur Vereinfachung durch Abrede, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag auf das Kalenderjahr abgestellt wird.³ Das Mass des Anspruches ergibt sich aus der verabredeten, wöchentlichen Arbeitszeit; bei einer 5-Tage-Woche also bspw. 20 Tage. Dauert das Arbeitsverhältnis weniger als ein Jahr, bzw. bei Beendigung während des Dienstjahres, gilt der Anspruch *pro rata temporis* (Art. 329a Abs. 3 OR).

Der Ferienanspruch ergibt sich aus der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin, er ist deshalb relativ zwingend (Art. 329a OR) und hat *zwei Bedeutungen*:

- Anspruch auf Einräumung von zusammenhängender Freizeit von mehreren Tagen zum Zweck der Erholung;
- Anspruch auf Lohnfortzahlung, der es dem Arbeitnehmer wirtschaftlich überhaupt ermöglicht, sich zu erholen.

Der Anspruch wächst mit der geleisteten Arbeit und hat deshalb auch Entgeltcharakter. Umstritten ist aber, ob der zeitliche Ferienanspruch als höchstpersönlich und deshalb unvererblich⁴ oder wegen seines geldwerten Charakters als vererblich zu qualifizieren wäre.⁵ Nach GEISER/MÜLLER/PÄRLI hat der Ferienanspruch durchaus eine vererbliche Komponente, welche aus seiner Doppelnatur hervorgeht. Zum einen besteht der Ferienanspruch aus dem Recht des Arbeitnehmers auf tatsächliche Befreiung von der Arbeitspflicht als Ausfluss der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin. Zum anderen besteht er aus dem Anspruch des Arbeitnehmers auf eine Geldleistung als Entgelt für die geleistete Arbeit. Vererblich ist nur der zweite Aspekt.⁶

Vereinbarte Ferienzeiten dürfen nicht einfach wieder geändert werden.⁷ Eine Änderung von bereits fest vereinbarten Ferienzeiten kann nur unter der Voraussetzung vorgenommen werden, dass eine rechtzeitige Anzeige erfolgt und die aktuellen Interessen des Betriebs jene des Arbeitnehmers überwiegen.⁸ Eine Änderung ist auch bei dringlichen und unvorhersehbaren betrieblichen Bedürfnissen möglich. In solchen Fällen ist sogar ein Rückruf aus den Ferien, unter Ersatz des Schadens, möglich.⁹

Es ist grundsätzlich zulässig, dass die Arbeitgeberin den Bezug von Ferienansprüchen während der Kündigungsfrist bzw. während einer allfälligen Freistellung anordnet. Dabei ist

³ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2015, Rz 488 ff.

⁴ So insbesondere REHBINDER/STÖCKLI, BK, 2010, Art. 329a OR, N 3.

⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 329a OR, N 2.

⁶ GEISER/MÜLLER/PÄRLI (FN 3), Rz 489.

⁷ VISCHER FRANK/MÜLLER ROLAND M., Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Basel 2014, 227.

⁸ PORTMANN/RUDOLPH, BSK, Art. 329c OR N 8.

⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 329c OR, N 7.

jedoch zu beachten, dass dem Arbeitnehmer trotzdem noch genügend Zeit für die Stellensuche bleibt.¹⁰

B. Anordnung von einzelnen Ferientagen

In der Regel sind die Ferien im laufenden Dienstjahr und mindestens zwei Wochen am Stück zu beziehen (Art. 329c Abs. 1 OR), damit der Erholungswert gewährleistet ist. Selbstverständlich ist es jedoch auch möglich, mehr als zwei Wochen Ferien am Stück zu beziehen. Der Arbeitnehmer kann sie auch tageweise beziehen, wenn er vertretbare, persönliche Gründe hat.¹¹ Immer wieder stellt sich jedoch die Frage, ob auch einzelne Ferientage bezogen werden dürfen, resp. ob diese von der Arbeitgeberin angeordnet werden dürfen.

Der Ferienanspruch ergibt sich aus der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin und hat die zwei oben aufgeführten Bedeutungen: die Erholung und die Lohnfortzahlung. Die Dauer der Ferien berechnet sich laut Gesetz in Wochen. Gemäss Art. 329c Abs. 1 OR sind mindestens zwei Wochen Ferien pro Jahr am Stück zu beziehen, da sich die Entspannungswirkung nur in Ferien von mehrwöchiger Dauer richtig einstellt, nach einer Akklimationszeit, die bei zunehmendem Alter länger wird.¹² Aber nicht nur diese beiden zusammenhängenden Ferienwochen, sondern auch die übrigen Ferienwochen dienen der Erholung. Sie sind daher grundsätzlich in mehreren zusammenhängenden Tagen zu gewähren. Nur so kann der Erholungszweck gewährleistet werden. In der Regel sind ganze Wochen Ferien zu gewähren resp. zu beziehen. Es ist durchaus möglich, dass daneben noch einige einzelne Ferientage übrigbleiben, welche dann selbstverständlich auch einzeln bezogen werden können und nicht auf das nächste Jahr übertragen werden müssen. Auf ausdrücklichen Wunsch des Arbeitnehmers kann dieser auch einzelne Ferientage oder gar Halbtage unter Anrechnung auf den Ferienanspruch beziehen. Das folgt bereits daraus, dass die Arbeitgeberin die Wünsche des Arbeitnehmers nach Möglichkeit zu berücksichtigen hat.¹³ Die Arbeitgeberin kann diesen Ausnahmen die Zustimmung versagen, wenn der Ferienzweck – Erholung durch länger dauernde Abwesenheiten vom Arbeitsplatz – dadurch vereitelt wird.¹⁴ Die Arbeitgeberin kann jedoch von sich aus in der Regel keinen Ferienbezug in Einzeltagen anordnen.

¹⁰ Vgl. dazu nachstehende Ziff. II.D.

¹¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 329c OR, N 6; anders REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 329c OR, N 1, der dies nur für den über die zwei Wochen hinausgehenden Ferienanspruch für zulässig hält.

¹² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 329c OR, N 1.

¹³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 329c OR, N 6.

¹⁴ EGLI (FN 1), ArbR 2006, 125.

C. Auskunft über die Feriendestination

Im Zusammenhang mit Pandemien (COVID-19, SARS, Schweinegrippe etc.) stellt sich immer wieder die Frage, ob die Arbeitgeberin ein Anrecht darauf hat, vom Arbeitnehmer Auskunft über allfällige Ferienaufenthalte im Ausland oder in gefährdeten Gebieten zu erhalten.¹⁵ Tatsächlich ist diese Frage aber unabhängig von den Ferien zu beantworten, kann doch ein Arbeitnehmer mit den heutigen Verkehrsmitteln auch über das Wochenende weit entfernte Destinationen erreichen. Die Arbeitgeberin darf Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Art. 328b OR beschränkt die zulässige Datenbearbeitung im Arbeitsverhältnis auf Fälle mit Arbeitsplatzbezug. Die Frage nach Reisen ins Ausland ist demzufolge grundsätzlich ein unerlaubter Eingriff in die Privatsphäre des Arbeitnehmers.

Dadurch, dass die Arbeitgeberin nicht erfragen darf, wohin der Arbeitnehmer in die Ferien geht, können demnach Situationen entstehen, in denen die Arbeitnehmer arbeiten, obwohl sie das eigentlich aus gesundheitlichen Gründen unterlassen sollten.¹⁶ Es ist beispielsweise vorstellbar, dass ein Arbeitnehmer mit einer starken Grippe zur Arbeit erscheint und die Arbeitgeberin dies bemerkt. Der Arbeitgeberin bleiben in solchen Situationen lediglich zwei Möglichkeiten. Zum einen kann sie den Arbeitnehmer einfach weiterarbeiten lassen oder sie kann den Arbeitnehmer nach Hause schicken. Lässt die Arbeitgeberin den kranken Mitarbeiter weiter arbeiten, obwohl dieser offensichtlich arbeitsunfähig ist, läuft sie Gefahr, ihre Fürsorgepflicht zu verletzen. Eine Fürsorgepflichtverletzung kann sowohl gegenüber dem kranken Arbeitnehmer vorliegen als auch gegenüber anderen Arbeitnehmern, wenn es sich um eine ansteckende Krankheit handelt. Die Arbeitgeberin ist in solchen Situationen berechtigt und verpflichtet, die Arbeitsleistung von offensichtlich gesundheitlich beeinträchtigten oder gesundheitlich gefährdeten Arbeitnehmern zurückzuweisen.^{17, 18}

Schickt die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer jedoch nach Hause, läuft sie Gefahr, dass sie in Annahmeverzug nach Art. 324 OR gerät. Zu beachten ist dabei, dass in solchen Fällen die Arbeitsunfähigkeit und die Gesundheitsgefährdung des Arbeitnehmers oder der Dritten nach den allgemeinen Regeln von Art. 8 ZGB von der Arbeitgeberin zu beweisen sind. Gelingt ihr der Nachweis, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Lohnfortzahlung gemäss Art. 324a OR. Misslingt der Nachweis jedoch, ist der Lohn ohne zeitliche Begrenzung geschuldet, denn dann liegt ein Fall von Arbeitgeberverzug nach Art. 324 OR vor. Liegt ein offensichtlicher Fall von Arbeitsverhinderung oder Gefährdung vor, dürften in der Praxis keine Probleme entstehen. Unklar ist jedoch, was gilt, wenn nicht eindeutig ist, ob der Arbeitnehmer arbeitsfähig ist oder ob allenfalls eine Gesundheitsgefährdung vorliegt. Da die Beweislast hier bei der Arbeitgeberin liegt, ist ein genügender Arbeitsplatzbezug nach

¹⁵ Die Ausführungen beziehen sich auf die Situation, wenn noch keine besondere resp. ausserordentliche Lage im Sinne von Art. 6 und 7 EpG vorliegt.

¹⁶ HUG/PÄRLI, ARV 2012, 3.

¹⁷ Ist die eigene Gesundheit oder jene von Dritten gefährdet oder wo die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt ist, endet die Entscheidungsfreiheit der Arbeitnehmer, bei Krankheit zu arbeiten (HUG/PÄRLI, ARV 2012, 8 ff.).

¹⁸ Die Anordnung erfolgt dabei in Form einer Weisung. Das Weisungsrecht ist nicht ausschliesslich ein Recht. Unter Umständen besteht, wie bei solchen Fällen, in denen die Gesundheit des Arbeitnehmers oder Dritten gefährdet ist, auch eine Weisungspflicht (vgl. dazu STENGEL, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, RiU Band 3, Zürich/St.Gallen 2014, 71).

Art. 328b OR in solchen Fällen trotz fehlendem Arbeitsausfall gegeben. Sind die übrigen Voraussetzungen erfüllt, kann der Arbeitnehmer angewiesen werden, sich auf Kosten der Arbeitgeberin vertrauensärztlich untersuchen zu lassen.¹⁹

Der eben beschriebene Fall bezieht sich auf das Beispiel, dass ein Arbeitnehmer gewisse Anzeichen einer Krankheit aufweist, jedoch unklar ist, ob er deswegen arbeitsunfähig ist oder ob eine Gesundheitsgefährdung vorliegt. Eine spezielle Herausforderung stellt jedoch der Fall dar, bei dem hoch ansteckende Krankheiten wie bspw. die Schweinegrippe (A/H1N1) im Spiel sind. Als Beispiel kann dabei der Fall dienen, in dem ein Arbeitnehmer in Mexico in den Ferien weilt. In Mexiko bricht in dieser Zeit die Schweinegrippe aus. Der Arbeitgeberin stellt sich nun die Frage, was sie unternehmen muss. Dabei gilt es zu unterscheiden, ob die Arbeitgeberin weiss, dass der Arbeitnehmer in dieser Region in den Ferien war oder ob sie es nicht weiss.

Im Fall, dass die Arbeitgeberin nicht darüber informiert war, dass ein Arbeitnehmer in einer entsprechenden Gegend in den Ferien weilte, muss sie auch nichts unternehmen. Die Arbeitgeberin ist weder berechtigt noch verpflichtet, über die Feriendestinationen ihrer Arbeitnehmer Erkundigungen einzuholen. Auch darf sie ihnen nicht verbieten, bestimmte Regionen in den Ferien zu besuchen, denn ihre Weisungsbefugnis beschränkt sich auf die Arbeit und dehnt sich nicht auf die Freizeit aus.²⁰

Wusste die Arbeitgeberin aus irgendeinem Grund, dass der Arbeitnehmer in einer Region in den Ferien war, in der eine hoch ansteckende Krankheit ausgebrochen ist, ist der Arbeitgeberin zu empfehlen, den betroffenen Arbeitnehmer zum Schutz der anderen Arbeitnehmer freizustellen.²¹ Ansonsten setzt sie sich dem Vorwurf aus, ihre Fürsorgepflicht den anderen Arbeitnehmern gegenüber nicht wahrgenommen zu haben. In diesem Fall liegt auch klarerweise ein Arbeitsplatzbezug vor, so dass die Arbeitgeberin bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen berechtigt ist, die Arbeitsfähigkeit des betroffenen Arbeitnehmers durch einen Vertrauensarzt überprüfen zu lassen. Dabei ist jedoch insbesondere dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen.

D. Bezug des restlichen Ferienguthabens bei Kündigung

Umstritten ist, wie weit das restliche Ferienguthaben bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses *während der Kündigungsfrist* noch bezogen werden muss,²² denn im Zeitpunkt der Kündigung kommen sich zwei Zielsetzungen des Gesetzgebers in die Quere: Einerseits sollen die Ferien real bezogen werden, andererseits müssen sie für den Arbeitnehmer die notwendige Erholung bringen. Wenn die Arbeitgeberin die Kündigung ausgesprochen hat, wird dieser Erholungszweck aber durch die Stellensuche vereitelt, weshalb eine Auszahlung wohl zulässig ist. Anders liegt der Fall, wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis von sich aus aufgelöst hat. Hier ist davon auszugehen, dass die Stellensuche bereits abgeschlossen ist und die Ferien nach der Kündigung und vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses bezogen werden müssen.²³ Es muss aber grundsätzlich auch zulässig sein, dass die

¹⁹ Vgl. zur Konsultationspflicht ausführlich STENGEL (FN 18), 162 ff.; so auch HUG/PÄRLI, ARV 2012, 9.

²⁰ GS Ger BS in JAR 1990, 131 f.; GEISER/MÜLLER/PÄRLI (FN 3), Rz 341; REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 321d OR N 38.

²¹ STENGEL (FN 18), 184 f.

²² JAR 199, 211 ff., für den Fall des Ferienbezugs bei der Freistellung.

²³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 329c OR, N 11.

Arbeitgeberin den Bezug von Ferienansprüchen während der Kündigungsfrist bzw. während einer allfälligen Freistellung anordnet. Dabei ist jedoch zu beachten, dass dem Arbeitnehmer trotzdem noch genügend Zeit für die Stellensuche bleibt.

Das Arbeitsgericht Zürich hat mit seinem Entscheid vom 13. April 1995 die sogenannte «Drittelsregel» entwickelt.²⁴ Im konkreten Fall betrug die Kündigungsfrist zwei Monate (November und Dezember), während der eine vollständige Freistellung erfolgte. Durchschnittlich hat ein Monat 21,75 Arbeitstage; die Freistellungsdauer betrug also 43,5 Arbeitstage. Der Ferienanspruch des Arbeitnehmers betrug jedoch 24 Tage. Hätte er die vollen Ferien beziehen müssen, wären ihm somit nach Kalkulation des Gerichts nur noch 20 Arbeitstage für die Stellensuche übriggeblieben. Nachweisbar brauchte er diese Tage aber zur Stellensuche. Zudem sollten Ferien ausreichend früh, i.d.R. drei Monate im Voraus, angekündigt werden. Das Gericht kam deshalb zum Schluss, dass der Arbeitnehmer überhaupt keine Ferien beziehen konnte, was auch vom Obergericht geschützt wurde. Das Wort «Drittelsregel» kommt im Entscheid überhaupt nicht vor. Weil aber das Verhältnis von Feriendauer und Freistellungsdauer 24:43,5 war (bzw. eben 2/3) und im Urteil klargestellt wird, dass der Arbeitgeber den Ferienbezug nur anordnen kann, «wenn die Dauer der Kündigungsfrist den Ferienanspruch erheblich übersteigt», fordert die Lehre, dass nur 1/3 der Freistellungsdauer mit Ferienbezug belegt werden kann. Umgekehrt müssen also 2/3 der Kündigungsfrist für die Stellensuche zur Verfügung stehen (daher Drittelsregel).

Das Bundesgericht hat sich wiederholt für eine Einzelfallbetrachtung ausgesprochen. Es müsse stets auf die Dauer der Kündigungsfrist, die Arbeitsmarktlage, das verbleibende Ferienguthaben und die persönlichen Voraussetzungen des Arbeitnehmers, wie sein Alter oder seine beruflichen Fähigkeiten, Rücksicht genommen werden, so dass die Drittelsregel nicht unesehen angewendet werden dürfe.²⁵ So hat auch das Arbeitsgericht Zürich diese Regel dadurch ergänzt, dass je länger die Kündigungsfrist oder Freistellung dauere, desto höher könne die proportionale Anordnung von Ferien im Vergleich zur Freistellungszeit oder zur Kündigungsfrist ausfallen.²⁶

Beim ungerechtfertigt fristlos entlassenen Arbeitnehmer wird die Kompensation nicht bezogener Ferientage mit der Freizeit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts von der Voraussetzung abhängig gemacht, dass dem Arbeitnehmer ausreichend Zeit zum Bezug der Ferientage zur Verfügung steht, und zwar in der Regel mehr als zwei bis drei Monate.²⁷

²⁴ Vgl. dazu ausführlich STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 329c OR, N 11; Urteil des ArGer ZH vom 13. April 1995 in JAR 1999, 211.

²⁵ Urteil des Bundesgerichts 4C.84/2002 vom 22. Oktober 2002, E. 3.2.1.

²⁶ ArbGer ZH, Entscheide 2009, Nr. 9.

²⁷ Zuletzt bestätigt: Urteil 4A_56/2016 vom 30. Juni 2016, E. 4.1, mit Verweis auf BGE 128 III 271 E. 4a/bb; 117 II 270 E. 3b; vgl. etwa auch Urteile 4A_115/2010 vom 14. Mai 2010, E. 3.1; 4A_308/2008 vom 25. September 2008, E. 3.2.

III. Ferienunfähigkeit

A. Grundsatz und Verhältnis zur Arbeitsunfähigkeit

Ferien bedeutet ein Anspruch auf *Einräumung von zusammenhängender Freizeit* von mehreren Tagen zum Zweck der Erholung. Es gibt jedoch diverse Gründe, welche Arbeitnehmer davon abhalten können, sich während der Ferien zu erholen. Zu denken ist dabei an Krankheit, Unfall, Schwangerschaft, Ausübung eines öffentlichen Amtes oder, insbesondere nach einer Entlassung, die Stellensuche.

Wenn der Arbeitnehmer in den Ferien erkrankt oder verunfallt und sich deswegen nicht erholen kann, hat er einen *Anspruch auf Nachgewährung der Ferien*. Voraussetzung ist aber, dass der Arbeitnehmer den fehlenden Erholungswert der Ferien nachweisen kann;²⁸ nicht massgebend ist, ob und inwieweit er arbeitsunfähig war.²⁹ Dennoch ergeben sich erfahrungsgemäss stets besondere Probleme, wenn ein Arbeitnehmer trotz attestierter Arbeitsunfähigkeit in die Ferien reist. Insbesondere heikel wird es bei Teilarbeitsunfähigkeiten. Diesbezüglich ist zunächst festzustellen, dass grundsätzlich in die Ferienzeit fallende gesundheitliche Beeinträchtigungen die Feriendauer verlängern können.³⁰ Entscheidend ist dabei jedoch nicht das Vorliegen einer gesundheitlichen Beeinträchtigung, sondern ob der Zustand des Arbeitnehmers der Erholung entgegensteht.³¹ Arbeitsunfähigkeit ist daher nicht mit Ferienunfähigkeit gleichzusetzen; *eine Ferienunfähigkeit bedeutet nicht in jedem Fall auch Arbeitsunfähigkeit und umgekehrt*.³² Damit sich die Feriendauer verlängert, muss der Arbeitnehmer den Beweis seiner Ferienunfähigkeit erbringen.³³ Ein Arztzeugnis, das eine (Teil-)Arbeitsunfähigkeit attestiert, sagt jedoch nichts über die Ferienfähigkeit aus. Wird einem Arbeitnehmer bspw. eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit attestiert, ist der Arbeitnehmer also entweder ferienunfähig, dann hat er zuhause zu bleiben und die Arbeitskraft zu 50% anzubieten, oder er ist ferienfähig und kann in die Ferien reisen, die dann jedoch voll angerechnet werden (und nicht nur zu 50%).³⁴ Es war daher vom Bundesgericht nicht beanstandet worden, als die Vorinstanz aus der bloss arbeitsplatzbezogenen Natur einer Arbeitsunfähigkeit geschlossen hat, dass diese der Realisierung des Erholungswertes von Ferien und damit dem Ferienbezug in der Kündigungsfrist nicht entgegenstehe.³⁵ Da die Beweislast bezüglich der Ferienunfähigkeit beim Arbeitnehmer liegt, wird sich der Arbeitnehmer, analog einer Arbeitsunfähigkeit, von einem Arzt die Ferienunfähigkeit bestätigen lassen.

²⁸ Z.B. Bettruhe, wiederholter Arztbesuch, Spitalaufenthalt.

²⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 329a OR, N 6.

³⁰ Urteil des Bundesgerichts (4A_117/2007 und 4A_127/2007) vom 13. September 2007, E. 6.3; REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 329a OR N 5.

³¹ AGER ZH in JAR 2008, 539.

³² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 329a OR N 6; Urteil des Bundesgerichts 4A_631/2009 vom 17. Februar 2010, E. 3 = JAR 2011, 129.

³³ EGLI (FN 1), ArbR 2006, 148.

³⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), Art. 329a OR N 6.

³⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_391/2016 vom 8. November 2016, E. 6.2.

B. Bedeutung von ausländischen Arztzeugnissen

Speziell in diesem Zusammenhang werden Arbeitgeber vermehrt mit ausländischen Arztzeugnissen konfrontiert.³⁶ Es stellt sich die Frage, ob ein ausländisches Arztzeugnis an sich bereits Grund genug ist, an der Richtigkeit dieses Arztzeugnisses berechnete Zweifel bei der Arbeitgeberin zu schüren. Diesbezüglich ist zunächst festzuhalten, dass einem ausländischen ärztlichen Zeugnis grundsätzlich die gleiche Beweiswirkung zugestanden werden muss wie einem inländischen.³⁷ Ebenso wie bei den inländischen Arztzeugnissen können jedoch von der Arbeitgeberin Gründe angeführt werden, welche diese berechnete, an der Richtigkeit des eingereichten Arztzeugnisses zu zweifeln.

Insbesondere muss ein ausländisches Arztzeugnis, um in der Schweiz den Nachweis einer Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers erbringen zu können, grundsätzlich dieselben formellen und materiellen Kriterien erfüllen, wie die inländischen Zeugnisse.³⁸ Das Zeugnis muss demnach die Personalien des Arbeitnehmers enthalten, datiert sein, den Aussteller bezeichnen sowie Stempel und Unterschrift des attestierenden Arztes aufweisen. Verzichtet werden kann auf die Angabe des Empfängers.³⁹ Zentral ist zudem, dass das eingereichte Arztzeugnis das Vorliegen einer Arbeitsverhinderung bescheinigt und nicht etwa lediglich das Vorliegen einer Krankheit, denn das ist der eigentliche Sinn eines Arztzeugnisses.⁴⁰ Liegen einzelne dieser Punkte bei einem zu beurteilenden ausländischen Arztzeugnis nicht vor, so ist die Arbeitgeberin bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen berechnete, eine vertrauensärztliche Untersuchung anzuordnen.⁴¹

Zusätzlich zu diesen auch bei inländischen Arztzeugnissen zu beachtenden Voraussetzungen kann die Arbeitgeberin auch aus anderen Gründen an der Zuverlässigkeit des beigebrachten ausländischen Arztzeugnisses zweifeln. Die Arbeitgeberin wird bei ausländischen Arztzeugnissen im Einzelfall berechnete Zweifel äussern dürfen, welche in einem Land ausgestellt wurden, in dem davon ausgegangen werden kann, dass der Attest ausstellende «Arzt» nicht über die nötigen Kenntnisse verfügt, um beurteilen zu können, ob effektiv eine Arbeitsunfähigkeit im hier relevanten Sinne vorliegt.⁴² Zudem ist auch bekannt, dass in gewissen Ländern weit häufiger Gefälligkeitszeugnisse ausgestellt werden als in anderen.⁴³ So wurde bspw. in einem Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern erwähnt, dass von einem Arzt in Marokko ausgesagt worden sei, dass Marokkaner nach Marokko in die Ferien fahren und Krankenatteste kaufen würden.⁴⁴ Ein Mangel liegt selbstredend auch dann vor, wenn das Arztzeugnis schlicht unleserlich ist.⁴⁵ Auch in solchen Fällen muss die Arbeit-

³⁶ Vgl. zum Ganzen: STENGEL (FN 18), 212 f.

³⁷ So auch ZINSLI, Krankheit im Arbeitsverhältnis, Diss. Zürich 1992, 79, 42; SCHÖNENBERGER, Das Erschleichen der Lohnfortzahlung unter Berufung auf Krankheit, Diss. Zürich, Bern 1992, 120.

³⁸ SCHÖNENBERGER (FN 37), 120; STENGEL (FN 18), 185.

³⁹ SCHÖNENBERGER (FN 37), 120.

⁴⁰ Für die Lohnfortzahlung ist nicht das Vorliegen einer Krankheit massgeblich, sondern eine Arbeitsunfähigkeit vorausgesetzt (vgl. dazu STENGEL [FN 18], 86, m.w.H.).

⁴¹ Stengel (FN 18), 212.

⁴² ZINSLI (FN 37), 43.

⁴³ SCHÖNENBERGER (FN 37), 122; ZINSLI (FN 37), 43.

⁴⁴ Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern (1B 11 56) vom 30. Januar 2012, E. 4.5.3.

⁴⁵ Vgl. zum unleserlichen Arztzeugnis Urteil des BezGer Kreuzlingen (B.2006.122) vom 16. Februar 2009.

geberin die Möglichkeit haben, ihre Zweifel von einer Fachperson ausräumen oder bestätigen zu lassen.⁴⁶

C. Ferienverhinderung durch Erfüllung gesetzlicher Pflichten

In Art. 324a OR wird ausdrücklich vorgesehen, dass bei Verhinderung des Arbeitnehmers durch Erfüllung gesetzlicher Pflichten eine Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin resultiert. Bei der Dauer der Ferien fehlt in Art. 329a OR eine analoge Bestimmung, aus der klar auf eine Ferienverlängerung bzw. auf einen Anspruch auf Nachgewährung der ausgefallenen Ferienzeit geschlossen werden könnte.

STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH stellen zu Recht fest, dass nicht nur in die Ferienzeit fallende Feiertage, sondern auch Krankheit und Unfall die Feriendauer entsprechend verlängern können.⁴⁷ «Denkbar ist, dass auch die unerwartete Pflege nächster Angehöriger während Ferien den Erholungswert verunmöglichen kann. Man wird dies allerdings nur bei anhaltender und intensiver Betreuungstätigkeit annehmen dürfen und nicht schon dann, wenn z.B. Eltern ihr an Grippe erkranktes Kind während einiger Tage Bettlägerigkeit pflegen müssen.»⁴⁸ Doch auf Ferienunfähigkeit wegen Erfüllung gesetzlicher Pflichten wird nicht eingegangen. Es finden sich dazu soweit ersichtlich auch keine kantonalen oder eidgenössischen Urteile.

Werden gesetzliche Pflichten erfüllt, wie z.B. tagelange Zeugenaussagen vor Gericht, so verhindert dies unbestreitbar eine Erholung während dieser Zeit. Analog zu Krankheit und Unfall muss deshalb aus teleologischer Sicht geschlossen werden, dass auch die Erfüllung gesetzlicher Pflichten zu einer entsprechenden Verlängerung der Feriendauer bzw. zu einem Anspruch auf Nachgewährung führen.

Wenn die Pflege nächster Angehöriger zu einer Ferienunfähigkeit führen kann, gilt dies dann auch für die Pflege von Haustieren? Auf den ersten Blick erscheint diese Frage unsinnig. Doch die gleiche Frage stellt sich auch bei der Lohnfortzahlungspflicht. Dazu haben GEISER/MÜLLER/PÄRLI bereits klar Stellung bezogen und die Lohnfortzahlungspflicht befürwortet.⁴⁹ Zur Begründung verweisen sie darauf, dass Tiere gemäss Art. 641a ZGB keine Sachen sind und folgerichtig das Tierschutzgesetz bzw. die dazugehörige Verordnung (Art. 6 Abs. 1 und Art. 3 lit. b Ziff. 3 TSchG sowie Art. 5 Abs. 2 TSchV) dem Halter eines Wirbeltieres die Pflicht auferlegen, für das Tier zu sorgen und allfällige Verletzungen behandeln zu lassen. Wenn ein Arbeitnehmer zur Pflege eines kranken Haustieres der Arbeit fernbleibt, erfüllt er demnach eine gesetzliche Pflicht, sofern sich die Pflege des Tieres nicht anderweitig organisieren lässt. Er hat demnach Anrecht auf Lohnfortzahlung.

Die gleichen Überlegungen wie zur Lohnfortzahlung bei Pflege von kranken Tieren muss aber auch für die Nachgewährung von Ferien gelten. Wenn also Adrian von Kaenel keine Ferienerholung geniessen kann wegen der dringend notwendigen Pflege seiner Berner

⁴⁶ So lautet auch die Schlussfolgerung des entsprechenden Urteils des Obergerichts des Kantons Luzern (1B 11 56) vom 30. Januar 2012, E. 4.5.3.

⁴⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 5), N 6 zu Art. 329a OR, mit Verweis auf die umfangreiche bundesgerichtliche Rechtsprechung.

⁴⁸ A.a.O., aber ohne Hinweise auf entsprechende Entscheide.

⁴⁹ GEISER/MÜLLER/PÄRLI (FN 3), Rz 428a).

Sennenhündin Lotti, so hat er Anspruch auf Nachgewährung von Ferien analog zu Krankheit und Unfall.

IV. Verhinderte Rückkehr

A. Theoretische Ausgestaltung

Eine weitere Frage, welche in den letzten Jahren immer wieder Beachtung fand, ist jene, wie vorzugehen ist, wenn der Arbeitnehmer aus irgendwelchen Gründen daran gehindert wird, aus den Ferien zurückzukommen. Zu denken ist bspw. an Flugverbote wegen Krieg, Unwetter oder Vulkanausbrüchen oder bspw. an Groundings von Airlines.⁵⁰

Es gilt der Grundsatz: ohne Arbeit keinen Lohn. Der Arbeitsvertrag ist ein schuldrechtliches Austauschverhältnis.⁵¹ Wenn die Leistung nicht erbracht wird, braucht auch die Gegenleistung nicht ausgerichtet zu werden. Wenn die eine Partei nicht leistet, kann die andere ihre Leistung zurückbehalten. Das ergibt sich aus den in Art. 119 OR festgehaltenen allgemeinen Grundsätzen und wurde vom Bundesgericht auch bezüglich des Rechts auf Arbeitsverweigerung bei Lohnrückständen ausdrücklich festgehalten.⁵² Für die Lohnverweigerung bei fehlender Arbeitsleistung ist das so selbstverständlich, dass die Gerichte dies gar nicht ausdrücklich festhalten müssen.

Von diesem Grundsatz gibt es aber gewichtige Ausnahmen. Zum einen bleibt der Lohnanspruch erhalten, wenn die Arbeitsleistung nicht möglich ist, weil die Arbeitgeberin im Annahmeverzug ist.⁵³ Zum anderen sehen die Art. 324a und 324b OR aus sozialen Gründen vor, dass die Arbeitgeberin das Risiko einer in der Person des Arbeitnehmers liegenden Arbeitsunfähigkeit während einer beschränkten Zeit und unter bestimmten Voraussetzungen tragen muss. In beiden Fällen behält der Arbeitnehmer trotz fehlender Arbeitsleistung seinen Lohnanspruch und muss die nicht geleistete Arbeit auch nicht nachholen. Die entsprechenden Zeiten dürfen ihm deshalb auch nicht auf die Ferien oder auf Überstunden oder auf Gleitzeiten angerechnet werden.

Trifft der Gläubiger nicht die notwendigen Vorbereitungen, um die ihm geschuldete Leistung entgegennehmen zu können, gerät er in Verzug.⁵⁴ Will der Schuldner seine Leistung nicht später noch erbringen, kann er nach den Regeln des Allgemeinen Teils des OR, soweit eine Hinterlegung seiner Leistung nicht möglich ist, im Wesentlichen in diesem Fällen vom Vertrag zurücktreten.⁵⁵ Da diese Rechtslage beim Arbeitsvertrag kaum angemessen wäre, hat der Gesetzgeber für den Arbeitsvertrag eine abweichende Regel getroffen. Die Arbeitgeberin hat den Lohn für die ganze Dauer der Verhinderung zu bezahlen, obgleich sie die Arbeitsleistung nicht erhält und der Arbeitnehmer auch nicht später die Leistung noch

⁵⁰ Wie bspw. die britische Fluggesellschaft Monarch Airlines, die am 2.10.2017 überraschend die Insolvenz erklärt hat und die rund 110'000 Passagiere anderweitig befördert werden mussten.

⁵¹ REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 324a OR N 1.

⁵² BGE 120 II 209.

⁵³ Art. 324 OR.

⁵⁴ Art. 91 OR.

⁵⁵ Art. 95 OR.

erbringen muss.⁵⁶ Dafür steht dem Arbeitnehmer kein Recht zu, vom Vertrag zurückzutreten.⁵⁷ Die gleichen Rechtsfolgen treten auch ein, wenn die Leistung aus einem Grund unmöglich geworden ist, der im Risikobereich der Arbeitgeberin liegt. Der Gesetzestext ist verwirrend. Es steht aber in der Lehre und Rechtsprechung ausser Diskussion, dass Art. 324 OR auch jene Fälle erfasst, in denen ohne das Verschulden der Arbeitgeberin die Arbeitsleistung wegen eines Ereignisses unmöglich geworden ist, das in der Risikosphäre der Arbeitgeberin liegt.⁵⁸ Dazu gehören auch Zufall und höhere Gewalt.⁵⁹ Entscheidend ist damit immer die Frage, ob das entsprechende Ereignis in die Risikosphäre der Arbeitgeberin fällt oder nicht.

Gemäss dieser Risikoaufteilung trifft die Arbeitgeberin grundsätzlich keine Lohnfortzahlungspflicht, wenn die Verhinderung in der Risikosphäre des Arbeitnehmers liegt. Das Gesetz mildert diesen Grundsatz aber dahin, dass es eine Lohnfortzahlungspflicht während einer beschränkten Dauer vorsieht, wenn die Arbeitsunfähigkeit in der Person des Arbeitnehmers begründet ist und diesen kein Verschulden trifft.⁶⁰ Der Arbeitsunfähigkeit ist die Unzumutbarkeit gleichgestellt.⁶¹

Die Formulierung von Art. 324a OR lässt den Umkehrschluss zu, dass eine Lohnfortzahlungspflicht dann auch nicht für eine beschränkte Zeit besteht, wenn das Hindernis nicht in der Person des Arbeitnehmers liegt.⁶² Ereignisse, welche bloss das Vermögen des Arbeitnehmers betreffen, werden ihn in aller Regel auch nicht an der Arbeit hindern. Nicht erfasst werden aber auch Ereignisse, die nicht den Arbeitnehmer als Individuum treffen, sondern die Allgemeinheit, wie Stromunterbrüche oder Verkehrszusammenbrüche, die den Arbeitnehmer hindern, an der Arbeit zu erscheinen, nicht aber den Betrieb des Arbeitnehmers treffen.

B. Anwendung der Grundsätze auf verschiedene Verhinderungsgründe

Bei Ereignissen, wie Vulkanausbrüchen oder anderen Naturkatastrophen, ist nach den aufgezeigten Grundsätzen somit danach zu unterscheiden, ob das Ereignis den Betrieb oder den Arbeitnehmer oder die Allgemeinheit trifft.

Wird der Betrieb selber durch das Ereignis so schwer betroffen, dass deshalb die Arbeit nicht erbracht werden kann, so liegt ein Annahmeverzug der Arbeitgeberin im dargestellten Sinn vor. Der Lohn ist zu bezahlen und der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet, die Arbeitszeit nachzuholen.⁶³ Der Arbeitnehmer muss sich allerdings anrechnen lassen, was er gegebenenfalls durch das Entfallen der Arbeitsleistung gespart hat⁶⁴ oder anderweitig verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat.⁶⁵

⁵⁶ Art. 324 Abs. 1 OR.

⁵⁷ VISCHER/MÜLLER (FN 7), 150.

⁵⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_291/2008 vom 2. Dezember 2008.

⁵⁹ STAEHELIN, ZK, 2006, Art. 324 OR N 19 f.

⁶⁰ Art. 324a und 324b OR.

⁶¹ VISCHER/MÜLLER (FN 7), 157.

⁶² Vgl. VISCHER/MÜLLER (FN 7), 157.

⁶³ Art. 324 Abs. 1 OR.

⁶⁴ Z.B. Kosten für den Arbeitsweg und auswärtige Verpflegung.

⁶⁵ Art. 324 Abs. 2 OR.

Kann der Arbeitnehmer nicht arbeiten, weil er durch das Ereignis verletzt worden ist, so liegt ein Unfall vor und Art. 324a/b OR kommen zur Anwendung. In den meisten Fällen wird eine obligatorische Versicherung vorliegen, so dass die wirtschaftlichen Folgen in erster Linie von dieser getragen werden. Die Arbeitgeberin hat nur die Pflicht zur Ergänzung der Leistungen während einer beschränkten Zeit, soweit diese nicht 80% des Gehalts erreichen. Insbesondere ist die Arbeitgeberin verpflichtet, für 80% des Gehaltes während der Karenzfrist aufzukommen, falls im Versicherungsvertrag eine solche vorgesehen ist.⁶⁶ Fraglich ist demgegenüber, ob diese Verpflichtung auch besteht, wenn der Vertrag für weniger als 3 Monate eingegangen ist.

Wie oben dargestellt wurde, behandelt Art. 324 OR den Fall von Verhinderungsgründen in der *Risikosphäre* der Arbeitgeberin. Art. 324a/b OR sehen eine beschränkte Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin nur vor, wenn der Grund der Verhinderung *in der Person* des Arbeitnehmers liegt. Das Gesetz äussert sich aber nicht ausdrücklich dazu, was gilt, wenn die Gründe für die Verhinderung an der Arbeitsleistung *weder in der Risikosphäre der Arbeitgeberin noch in der Person des Arbeitnehmers liegen*. Es ist insbesondere an zwei Fälle zu denken: Die Verhinderung kann in einer allgemeinen Unterbrechung der Verkehrswege liegen oder das Ereignis kann das Vermögen des Arbeitnehmers so schwer getroffen haben, dass er Erhaltungsmassnahmen ergreifen muss, was ihn an der Arbeit hindert. Letzteres kann bspw. vorliegen, wenn durch einen Erdbeben das Wohnhaus des Arbeitnehmers verschüttet worden ist.

Eine *allgemeine Unterbrechung der Verkehrswege* führt hingegen nicht zu einer Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin.⁶⁷ Der Verhinderungsgrund liegt nicht in der Person des Arbeitnehmers. Es liegt aber eine unverschuldete Verhinderung an der Arbeitsleistung vor, so dass nach dem diesbezüglich ausdrücklichen Gesetzestext darin für die Arbeitgeberin kein Grund für eine fristlose Kündigung liegen kann.⁶⁸ Eine Anrechnung dieser Zeit auf die Ferien kommt auch nicht in Frage, weil der Erholungszweck nicht erreicht werden kann. Der Arbeitnehmer ist auch nicht verpflichtet, diese Arbeitszeit nachzuholen. Dies ist vielmehr nur im gegenseitigen Einverständnis möglich. Die Arbeitgeberin braucht aber für die entsprechende Zeit den Lohn nicht zu bezahlen. Es ist allerdings nicht immer eindeutig, ob eine Verkehrsunterbrechung in der Risikosphäre der Arbeitgeberin liegt oder die Allgemeinheit betrifft bzw. in der Risikosphäre des Arbeitnehmers liegt. Die Risikosphäre der Arbeitgeberin ist dann betroffen, wenn die Unterbrechung den Betrieb spezifisch trifft, was beispielsweise anzunehmen ist, wenn es sich um eine Gastwirtschaft an einem entlegenen Ort handelt und dieser durch das Umweltereignis nicht mehr zugänglich ist.

Das Regionalgericht Bern-Mittelland hat am 17. Februar 2022 einen fundiert begründeten Entscheid zur Frage gefällt, ob einem Arbeitnehmer ein Lohnanspruch zustehe, wenn er wegen Pandemie-Reisebeschränkungen nicht aus den Ferien zurückkehren könne.⁶⁹ In diesem Fall machte ein Arbeitnehmer einen Lohnanspruch trotz fehlender Arbeit geltend, weil er wegen der Covid-Pandemie nicht mehr aus Afghanistan zurückkehren konnte. Er hatte ab Ende Februar 2021 seine Familie in Pakistan besucht und konnte nicht wie geplant Ende März, sondern aufgrund von Reisebeschränkungen erst Mitte Juni 2021 in die Schweiz

⁶⁶ Art. 324b Abs. 3 OR.

⁶⁷ AUBERT, CR, 2003, Art. 324a OR N 28.

⁶⁸ Art. 337 Abs. 3 OR.

⁶⁹ Regionalgericht Bern-Mittelland CIV 21 2317 (Kurzlink: <https://arbrch.ch/CIV_212317>).

zurückkehren. Das Regionalgericht hat die Frage, ob ein Lohn nach Art. 324 a OR auch im Fall einer verzögerten Ausländrückkehr geschuldet ist, klar verneint. Es handle sich um einen objektiven resp. überpersönlichen Verhinderungsgrund, da eine Vielzahl von Arbeitnehmenden weltweit sich mit den gleichen Herausforderungen konfrontiert gesehen hätte. Da objektive Verhinderungsgründe nicht von Art. 324a Abs. 1 OR erfasst würden und eine richterliche Lückenfüllung mangels Vorliegens einer echten Lücke nicht möglich sei, bestehe kein Anspruch auf Lohnfortzahlung.

Wenn also Adrian von Kaenel mit seiner Berner Sennenhündin Lotti wegen einer Pandemie nicht rechtzeitig aus den Ferien im Ausland zurück in die Schweiz reisen kann und deshalb Arbeitsrechtsvorlesungen ausfallen, so müsste die Universität grundsätzlich keine Lohnzahlung gestützt auf Art. 324a Abs. 1 OR erbringen. Doch es bleibt zu hoffen, dass die Universität dennoch eine Lohnzahlung aus Kulanz leisten würde im Hinblick auf die grossen Verdienste dieses renommierten Arbeitsrechtsspezialisten.

V. Verjährung und Fälligkeit von Ferien

A. Verjährung

Der Ferienanspruch setzt sich aus der Einräumung zusammenhängender Freizeit von mehreren Tagen zwecks Erholung und aus der Fortsetzung der Lohnzahlung während dieser Zeit zusammen. Diese beiden Elemente bilden einen einheitlichen Anspruch mit einer Doppelnatur. Er hat Fürsorge- und Entgeltscharakter. Der Ferienanspruch unterliegt nach Lehre und Rechtsprechung einer Verjährungs- und nicht einer Verwirkungsfrist.⁷⁰ Uneinigkeit bestand früher über die Dauer der Verjährung. Das Bundesgericht hat die Fragen in BGE 136 III 34 E. 4.1 zugunsten der fünfjährigen Verjährungsfrist entschieden. In Art. 128 Ziff. 3 OR werden die Forderungen aus Arbeitsvertrag einer fünfjährigen Verjährungsfrist unterworfen. Unter diesen Forderungen aus Arbeitsvertrag werden nach h.L. zwar nur Forderungen mit Lohncharakter verstanden.⁷¹ Da jedoch der Ferienanspruch auch einen Entgelt- resp. Lohncharakter aufweist, unterliegt u.E. auch diese Forderung zu Recht einer fünfjährigen Verjährungsfrist nach Art. 128 Ziff. 3 OR.⁷²

⁷⁰ BGE 130 III 19 E. 3.2; statt vieler PORTMANN/RUDOLPH, BSK, Art. 329c OR N 4.

⁷¹ PORTMANN/RUDOLPH, BSK, Art. 329c OR N 4, die nach wie vor die zehnjährige Verjährungsfrist für richtig erachten.

⁷² Tribunal cantonal VD, JAR 2016, 439, m.w.H.

B. Fälligkeit

In den Bestimmungen zum Einzelarbeitsvertrag finden sich keine speziellen Normen bezüglich der Fälligkeit der Ferien. Gemäss OR AT werden Schulden fällig, wenn sie vom Gläubiger verlangt werden können (Art. 75 OR). Ferien entstehen pro rata temporis des laufenden Dienstjahres.⁷³ Die Arbeitgeberin bestimmt grundsätzlich den Zeitpunkt der Ferien, was ein Recht und eine Pflicht zugleich darstellt.⁷⁴ Verletzt die Arbeitgeberin diese Pflicht, wird das bundesrechtlich nicht sanktioniert. Verweigert die Arbeitgeberin trotz ausdrücklicher Aufforderung eine gesetzeskonforme Gewährung der Ferien, wird aber ein eigenmächtiger Bezug der Ferien, sofern er rechtzeitig angekündigt wurde, zulässig sein.⁷⁵ Der Arbeitnehmer kann damit allenfalls auf eine Pflichtverletzung seitens der Arbeitgeberin reagieren. Der Ferienanspruch kann somit zu dem Zeitpunkt, an dem die Ferien zuletzt gesetzeskonform gewährt werden können, im Sinne von Art. 75 OR eingefordert werden und wird nach Ablauf von 48 von 52 Wochen des Entstehungsjahres fällig, sofern vier Wochen Ferien vereinbart worden sind.⁷⁶

Das Bundesgericht hat entschieden, dass bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Entschädigungsanspruch für nicht bezogene Ferien erst entstehen kann, wenn diese nicht mehr in natura gewährt werden können. Erst zu diesem Zeitpunkt steht fest, ob dem Arbeitnehmer überhaupt ein Abgeltungsanspruch zusteht und wird die Ferienforderung durch eine reine Geldforderung ersetzt.⁷⁷ Das hat zur Folge, dass ein Abgeltungsanspruch nur dann entstehen kann, wenn die Ferienforderung noch nicht verjährt ist.⁷⁸ Dies entspricht sowohl dem Willen des Gesetzgebers, der den Ferienanspruch der Verjährung unterstellt hat,⁷⁹ als auch dem Sinn des Instituts der Verjährung, das den Rechtsfrieden und die Rechtssicherheit herstellen soll.⁸⁰ Andernfalls würde die Verjährung der Ferienforderung in jedem Fall dann wieder neu zu laufen beginnen, wenn die Ferien nicht mehr in natura bezogen werden können, was einem Stillstand resp. einer Hinderung der Verjährung gleichkommen würde. Ein abschliessender Katalog von Stillstands- und Hinderungsgründen findet sich in Art. 134 OR. Darin ist das Arbeitsverhältnis aber nicht als Grund für einen Stillstand oder eine Hinderung der Verjährung aufgeführt. Wollte der Gesetzgeber, dass das Arbeitsverhältnis die Verjährung hindern sollte, hätte er es in diesen Katalog aufnehmen müssen, so wie er dies auch bspw. mit den Forderungen der Ehegatten gegeneinander während der Dauer der Ehe getan hat (Art. 134 Abs. 1 Ziff. 3 OR).

Zu beachten ist sodann, dass bei einer allfälligen Auszahlung bereits verjährter Ferien keine Schenkung, sondern die Bezahlung einer verjährten Schuld vorliegt (cum causa).

⁷³ Tribunal cantonal VD, JAR 2016, 439, m.w.H.

⁷⁴ PORTMANN/RUDOLPH, BSK, Art. 329c OR N 1.

⁷⁵ PORTMANN/RUDOLPH, BSK, Art. 329c OR N 11.

⁷⁶ Tribunal cantonal VD, JAR 2016, 439; WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 3. Aufl., Bern 2014, 408; BGE 136 III 34 E. 4.1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 329c OR N 4; a.M. REHBINDER/STÖCKLI, BK, Art. 329c OR N 3; EGLI (FN 1), ArbR 2009, 132.

⁷⁷ BGE 130 III 19 E. 2.2, unter Verweis auf GUGLIELMO, *Die Stellung des Arbeitnehmers im Konkurs des Arbeitgebers*, BJM 1982, 302.

⁷⁸ BGE 130 III 451 E. 2.3.

⁷⁹ Botschaft BBl 1982 III 237.

⁸⁰ BGE 90 II 437 E. 8.

C. Bezug des jüngsten Ferienanspruchs

Die Arbeitgeberin hat das Recht, Ferien anzuordnen und den Zeitpunkt zu bestimmen. Es finden sich jedoch in den Bestimmungen zum Einzelarbeitsvertrag keine Normen in denen festgehalten wird, wer bestimmen kann, ob die aufgeschobenen Ferien oder die laufenden zu beziehen sind. Der Ferienanspruch entsteht für jedes Jahr neu. Werden Ferien im laufenden Dienstjahr nicht bezogen, so entsteht im neuen Jahr ein neuer Anspruch auf mindestens 4 Wochen.⁸¹ Der Arbeitnehmer hat dann zwei unabhängige Forderungen gegenüber der Arbeitgeberin. Gemäss dem Allgemeinen Teil des Obligationenrechts, Art. 86 Abs. 1 OR, kann der Schuldner, der mehrere Schulden an denselben Gläubiger zu bezahlen hat, bestimmen, welche Schuld er tilgen will. Die Arbeitgeberin darf also bei Ferienantritt bestimmen, ob die neu entstandenen oder die alten Ferien bezogen werden müssen. Dabei handelt es sich um eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Wenn er sich nicht dazu äussert, kann der Arbeitnehmer dies tun (Art. 86 Abs. 2 OR), sofern die Arbeitgeberin nicht sofort Widerspruch erhebt. Deklariert weder die Arbeitgeberin noch der Arbeitnehmer, so wird gemäss Art. 87 Abs. 1 OR zuerst die fällige Schuld getilgt, mithin der alte Ferienanspruch. Sind bereits mehrere fällige Ferienansprüche vorhanden, so wird zuerst der ältere davon getilgt.⁸² Besteht ein Ferienanspruch, der kurz vor der Verjährung steht, so muss es dem Arbeitnehmer möglich sein, diesen noch vor Ablauf der Verjährungsfrist zu beziehen, auch dann, wenn der Arbeitnehmer noch weitere Ferienansprüche hat und die Arbeitgeberin grundsätzlich den Bezug der laufenden Ferien angeordnet hat. Der Arbeitnehmer muss dann das Recht haben, analog dem eigenmächtigen Bezug von Ferien, die von der Verjährung bedrohte Ferienforderung an Stelle der laufenden Ferien zu beziehen.

Es kann festgehalten werden, dass grundsätzlich die Arbeitgeberin sowohl bestimmen kann, wann die Ferien zu beziehen sind, als auch, welche Ferienforderung erfüllt werden soll. Deklariert weder die Arbeitgeberin noch der Arbeitnehmer, welche Ferien bezogen werden sollen, führt das dazu, dass Ferienforderungen nur schwer verjähren können. Dies ist bezüglich der Weisungsmacht konsistent. Wer bestimmen kann und muss, wann Ferien bezogen werden und wann nicht, der soll auch die Konsequenzen seiner Weisungen tragen. Besondere Probleme ergeben sich im Falle von Betriebsübernahmen. Die noch offenen Ferienforderungen müssten bei korrekter Buchführung passiviert werden und haben damit Auswirkungen auf den Kaufpreis des Betriebes. Werden sie nicht passiviert, bezahlt der Übernehmer einen zu hohen Kaufpreis, und die Ferienforderungen können trotzdem – und u.U. auch noch Jahrzehnte später – gegenüber der neuen Arbeitgeberin geltend gemacht werden, da die Forderungen bei Betriebsübernahmen auf diesen übergehen. Es ist den Arbeitgeberinnen damit zu empfehlen, ihr Weisungsrecht in diesem Bereich auszuüben und allenfalls eine einzelarbeitsvertragliche Regelung zum Thema Ferienbezug vorzusehen. Möglich wäre beispielsweise die Formulierung: «Die Ferien sollen bis zum 31. März des Folgejahres bezogen werden. Es sind jeweils die jüngsten Ferienansprüche zuerst zu beziehen.»

⁸¹ BGE 136 III 34 E. 4.1.

⁸² LEU, BSK, Art. 87 OR N 2.

VI. Zusammenfassung und Empfehlungen

Der Ferienanspruch setzt sich aus der Einräumung zusammenhängender Freizeit von mehreren Tagen zwecks Erholung und aus der Fortsetzung der Lohnzahlung während dieser Zeit zusammen. In der Regel sind die Ferien im laufenden Dienstjahr und mind. zwei Wochen am Stück zu beziehen (Art. 329c Abs. 1 OR), damit der Erholungswert gewährleistet ist. Auf ausdrücklichen Wunsch des Arbeitnehmers kann dieser auch einzelne Ferientage oder gar Halbtage unter Anrechnung auf den Ferienanspruch beziehen. Unseres Erachtens kann die Arbeitgeberin von sich aus jedoch in der Regel keinen Ferienbezug in Einzeltagen anordnen.

Im Zusammenhang mit Pandemien (COVID-19, SARS, Schweinegrippe, etc.) stellt sich immer wieder die Frage, ob die Arbeitgeberin ein Anrecht darauf hat, vom Arbeitnehmer Auskunft über allfällige Ferienaufenthalte im Ausland oder in gefährdeten Gebieten zu erhalten. Die Frage nach Reisen ins Ausland ist jedoch grundsätzlich ein unerlaubter Eingriff in die Privatsphäre des Arbeitnehmers. Dadurch, dass die Arbeitgeberin nicht erfragen darf, wohin der Arbeitnehmer in die Ferien geht, können demnach Situationen entstehen, in denen die Arbeitnehmer arbeiten, obwohl sie das eigentlich aus gesundheitlichen Gründen unterlassen sollten. Die Arbeitgeberin ist in diesen Situationen gut beraten, genau zu prüfen, welche Massnahmen sie bei entsprechenden Konstellationen treffen will.

«Ferienunfähigkeit» liegt vor, wenn der Arbeitnehmer in den Ferien erkrankt oder verunfallt und sich deswegen nicht erholen kann. Entscheidend ist dabei nicht das Vorliegen einer gesundheitlichen Beeinträchtigung, sondern ob der Zustand des Arbeitnehmers der Erholung entgegensteht. Arbeitsunfähigkeit ist daher nicht mit Ferienunfähigkeit gleichzusetzen; eine Ferienunfähigkeit bedeutet nicht in jedem Fall auch Arbeitsunfähigkeit und umgekehrt. Damit sagt auch ein Arztzeugnis, das eine (Teil-)Arbeitsunfähigkeit attestiert, nichts über die Ferienfähigkeit aus. Da die Beweislast bezüglich der Ferienunfähigkeit beim Arbeitnehmer liegt, wird sich der Arbeitnehmer, analog einer Arbeitsunfähigkeit, von einem Arzt die Ferienunfähigkeit bestätigen lassen. In diesem Fall hat er einen *Anspruch auf Nachgewährung der Ferien*. Dies gilt nicht nur in den Fällen von Krankheit und Unfall in den Ferien, sondern auch bei Erfüllung gesetzlicher Pflichten, wie z.B. der Pflege nächster Angehöriger oder u.U. sogar eines Haustieres.

Wenn der Arbeitnehmer aus irgendwelchen Gründen daran gehindert wird, aus den Ferien zurückzukommen, ist stets danach zu fragen, ob das entsprechende Ereignis in die Risikosphäre der Arbeitgeberin fällt oder nicht. Eine *allgemeine Unterbrechung der Verkehrswege* wegen eines Groundings oder eines Vulkanausbruchs führt u.E. nicht zu einer Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin. Die Arbeitgeberin braucht aber für die entsprechende Zeit den Lohn nicht zu bezahlen.

Da der Ferienanspruch auch einen Entgelt- resp. Lohncharakter aufweist, unterliegt auch diese Forderung einer fünfjährigen Verjährungsfrist nach Art. 128 Ziff. 3 OR. Der Ferienanspruch wird nach Ablauf von 48 von 52 Wochen des Entstehungsjahres fällig, sofern vier Wochen Ferien vereinbart worden sind. Es ist den Arbeitgeberinnen zu empfehlen, eine Klausel im Arbeitsvertrag aufzunehmen, wonach immer zuerst die jüngsten Ferienguthaben bezogen werden müssen, da bei fehlender Deklaration, welche Ferien bezogen werden sollen, Ferienforderungen nur schwer verjähren können.