

## **BGE 149 III 202**

Bundesgericht (BGE), 2023-01-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_149 III 202](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_149_III_202)

FR: ATF 149 III 202

IT: DTF 149 III 202

### **Regeste**

Regeste Art. 329d Abs. 1 OR; Abgeltung des Ferienlohnanspruchs mit dem laufenden Lohn. Bei einer Vollzeitbeschäftigung bei derselben Arbeitgeberin ist eine ausnahmsweise Abgeltung des Ferienlohnanspruchs aufgrund monatlicher Schwankungen des geschuldeten Lohns ausgeschlossen (E. 2).

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz vor, sie habe Art. 329d OR verletzt, indem sie die (Vollzeit-)Beschäftigung der Beschwerdegegnerin nicht als unregelmässig im Sinne der Rechtsprechung qualifizierte und der Arbeitnehmerin eine Ferienentschädigung von Fr. 17'340.70 brutto nebst Zins zusprach.

#### **E. 2.1**

Die Vorinstanz liess den Einwand der Beschwerdeführerin nicht gelten, aufgrund der aus der eingereichten Übersicht der monatlich vergüteten Arbeitsstunden hervorgehenden Schwankungen (49 Veränderungen der monatlichen Arbeitsstunden in der Zeitspanne zwischen März 2016 und September 2020, wobei 27 dieser Veränderungen 10 % und mehr sowie acht Veränderungen über 20 % betragen) sei von einer unregelmässigen Tätigkeit der Beschwerdegegnerin auszugehen, die eine von Art. 329d OR abweichende vertragliche Regelung des Ferienlohns rechtfertige. Sie erwog, beim zu beurteilenden Vollzeitverhältnis sei eine ausnahmsweise Abgeltung des Ferienlohns mit den laufenden Lohnzahlungen nicht gerechtfertigt.

#### **E. 2.2.1**

Nach Art. 329d Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn und eine angemessene Entschädigung für ausfallenden Naturallohn zu entrichten. Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung bedeutet diese Bestimmung, dass der Arbeitnehmer während der Ferien lohnmässig nicht schlechter gestellt werden darf, als wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte ( BGE 136 III 283 E. 2.3.5; BGE 134 III 399 E. 3.2.4.2; BGE 129 III 493 E. 3.1, BGE 129 III 664 E. 7.3; BGE 118 II 136 E. 3b). Die Bestimmung ist relativ zwingend ( Art. 362 Abs. 1 OR ). Vereinbarungen, die den Arbeitnehmer schlechter stellen, sind nichtig ( Art. 362 Abs. 2 OR ). Die absolut zwingende Norm von Art. 329d Abs. 2 OR ( Art. 361 OR ) bestimmt zudem, dass die Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden dürfen (vgl. BGE 136 III 94 E. 4.1; BGE 129 III 493 E. 3.1). BGE 149 III 202 S. 205 Mit der Begründung, dass die Durchsetzung des Verbots der Abgeltung des Ferienlohns mit dem laufenden Lohn bei unregelmässigen Beschäftigungen Schwierigkeiten bereiten könne, hat das Bundesgericht eine Abgeltung in

solchen Fällen in Abweichung vom Gesetzestext ausnahmsweise zugelassen, dies aber an eine materielle und zwei formelle Voraussetzungen geknüpft: Erstens muss es sich um eine unregelmässige Beschäftigung ("une activité irrégulière") handeln. Zweitens muss der für die Ferien bestimmte Lohnanteil klar und ausdrücklich ("clairement et expressément") ausgeschieden sein, sofern ein schriftlicher Arbeitsvertrag vorliegt. Drittens muss in den einzelnen schriftlichen Lohnabrechnungen der für die Ferien bestimmte Lohnanteil in diesem Sinne ausgewiesen werden. Der blosser Hinweis "Ferienlohn inbegriffen" genügt damit nicht. Erforderlich ist, dass der Ferienlohn durch Angabe eines bestimmten Betrags oder eines Prozentsatzes als solcher erscheint und zwar sowohl im Arbeitsvertrag als auch auf den einzelnen Lohnabrechnungen (zum Ganzen: BGE 129 III 493 E. 3.2 f., BGE 129 III 664 E. 7.2; vgl. auch Urteile 4A\_532/2021 vom 27. Dezember 2021 E. 5.1; 4A\_158/2021 vom 11. November 2021 E. 4.1; 4A\_619/2019 vom 15. April 2020 E. 3.1; 4A\_72/2018 vom 6. August 2018 E. 4.4.1; je mit Hinweisen). Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, muss der Arbeitgeber den auf die Ferien entfallenden Lohn bezahlen. Der Umstand, dass der Arbeitnehmer die ihm zustehenden Ferien tatsächlich bezogen hat, ändert daran nichts (BGE 129 III 493 E. 5.2, BGE 129 III 664 E. 7.2; zit. Urteile 4A\_532/2021 E. 5.1; 4A\_158/2021 E. 4.1; 4A\_72/2018 E. 4.4.1; Urteil 4A\_561/2017 vom 19. März 2018 E. 3.1). Der Arbeitnehmer, der bei Beendigung seines Arbeitsverhältnisses den Ferienlohn gestützt auf die zwingende Bestimmung von Art. 329d Abs. 1 OR einfordert, handelt nicht rechtsmissbräuchlich (BGE 129 III 493 E. 5.2; zit. Urteile 4A\_158/2021 E. 4.1; 4A\_561/2017 E. 4.1; Urteil 4A\_435/2015 vom 14. Januar 2016 E. 3.4.2). Etwas anderes kann unter besonderen Umständen gelten, wenn der Arbeitnehmer während seiner Ferien tatsächlich eine Form der Vergütung erhalten hat (zit. Urteile 4A\_158/2021 E. 4.1; 4A\_561/2017 E. 4.1; je mit Hinweisen). Die von der Lehre an dieser Rechtsprechung geübte Kritik aufnehmend, stellte das Bundesgericht in BGE 129 III 493 in Frage, ob mit Blick auf den klaren Wortlaut des Gesetzes und die "in der Tat kaum jemals unüberwindbaren Schwierigkeiten" bei der Berechnung des auf die Ferien entfallenden Lohnes an der Ausnahme vom Abgeltungsverbot festzuhalten sei. Es liess die Frage jedoch offen mit dem BGE 149 III 202 S. 206 Hinweis darauf, es fehle im konkreten Fall bereits an den formellen Voraussetzungen für eine solche Abgeltung (BGE 129 III 493 E. 3.2 und 3.3; vgl. auch BGE 129 III 664 E. 7.2; Urteil 4A\_31/2021 vom 30. März 2022 E. 3.3.1; zit. Urteile 4A\_532/2021 E. 5.1; 4A\_158/2021 E. 4.1; 4A\_561/2017 E. 3.1; je mit Hinweisen).

### **E. 2.2.2**

Das Bundesgericht hat die materielle Voraussetzung der unregelmässigen Beschäftigung für eine ausnahmsweise Zulässigkeit einer solchen Abgeltung in seiner Rechtsprechung jeweils sehr eng umschrieben: So wurde in BGE 118 II 136 E. 3b eine Ausnahme "namentlich bei sehr unregelmässiger Arbeitszeit von Teilzeitbeschäftigten" und in BGE 129 III 493 E. 3.2 "bei unregelmässigen Beschäftigungen, namentlich bei Teilzeitstellen" in Betracht gezogen, während BGE 129 III 664 E. 7.2 von "en particulier lors d'occupation très irrégulière de travailleurs à temps partiel" spricht. In Urteil 4C.90/2003 vom 7. Juli 2003, das in Dreierbesetzung kurz nach dem erwähnten BGE 129 III 493 erging, aber nicht auf diesen Bezug nahm, erachtete das Bundesgericht die Tätigkeit einer Arbeitnehmerin als unregelmässig, die zu 100 % als Nachtwächterin angestellt war, jedoch nicht immer bloss die vorgesehenen vier Nachtwachen pro Woche übernahm, die einem Vollzeitpensum entsprachen, sondern gelegentlich fünf oder mehr. Obwohl das Bundesgericht ausdrücklich darauf hinwies, dass die Rechtsprechung die Ausnahme vom Verbot der Abgeltung des Ferienlohns mit dem laufenden Lohn für Fälle von unregelmässiger Teilzeitarbeit

zugelassen habe und nicht für Vollzeittätigkeiten, hielt es eine Ausnahme im doch sehr speziellen Einzelfall unter Verweis auf praktische Schwierigkeiten bei der Berechnung des Ferienlohns für gerechtfertigt (Urteil 4C.90/2003 vom 7. Juli 2003 E. 2.4.3). In einem anderen Fall, in dem eine Verpackungsarbeiterin mit regelmässigen Arbeitszeiten Vollzeit arbeitete und pro verarbeitete Einheit bezahlt wurde, verneinte das Bundesgericht demgegenüber die materielle Voraussetzung für eine Ausnahme (Urteil 4A\_478/2009 vom 16. Dezember 2009 E. 4). Auch in einem später ergangenen Urteil, das einen Schreiner betraf, der im Stundenlohn angestellt war, sah das Bundesgericht die materielle Voraussetzung für eine ausnahmsweise Abgeltung des Ferienlohns mit dem laufenden Lohn als nicht gegeben an. Es erwog, die Tätigkeit des Arbeitnehmers, die auf 42.5 Stunden pro Woche festgelegt war, sei als regelmässig zu qualifizieren und rechtfertige BGE 149 III 202 S. 207 keine Abweichung von der Regel, dass der Lohn zu dem Zeitpunkt zu bezahlen ist, in dem die Ferien bezogen werden (Urteil 4A\_561/2017 vom 19. März 2018 E. 3.4). In Urteil 4A\_619/2019 vom 15. April 2020 hielt das Bundesgericht unter Verweis auf den Entscheid 4C.90/2003 vom 7. Juli 2003 fest, eine unregelmässige Beschäftigung sei auch bei einer Vollzeitanstellung möglich (E. 3.4). Nach erfolgter Rückweisung akzeptierte es eine unregelmässige Tätigkeit, nachdem bei 35 von 56 analysierten Lohnabrechnungen des als Fahrer von Entsorgungsfahrzeugen tätigen Arbeitnehmers eine Differenz von 10 % oder mehr (bis 25 %) zum Vormonat bestanden hatte (Urteil 4A\_31/2021 vom 30. März 2022 E. 3.3.2). Entgegen der Beschwerdeführerin kann aus diesem Urteil nicht abgeleitet werden, das Bundesgericht gehe vom Grundsatz aus, eine unregelmässige Beschäftigung im Sinne von BGE 129 III 493 könne allgemein auch bei Vollzeitbeschäftigung in Betracht fallen. Das zeigen auch die weiteren Fälle, in denen Vollzeitbeschäftigung vorlag: Im Fall einer in einem Vollzeitpensum angestellten Osteopathie-Assistentin, die mit einem prozentualen Anteil an den den Klienten tatsächlich verrechneten Stunden entlohnt wurde, verneinte das Bundesgericht eine unregelmässige Tätigkeit im Sinne der oben erwähnten Rechtsprechung (Urteil 4A\_158/2021 vom 11. November 2021 E. 4.2). In einem weiteren Entscheid erwog das Bundesgericht, die Tätigkeit der als Lehrerin einer Privatschule tätigen Arbeitnehmerin, die mindestens 35 Wochenstunden unterrichtete und pro Lektion entschädigt wurde, könne nicht als unregelmässig bezeichnet werden (Urteil 4A\_532/2021 vom 27. Dezember 2021 E. 5.3).

### **E. 2.2.3**

Die zwingende Bestimmung von Art. 329d OR will sicherstellen, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt, in dem er die Ferien tatsächlich bezieht, auch über das notwendige Geld verfügt, um diese sorgenfrei verbringen zu können ( BGE 134 III 399 E. 3.2.4.1). Es soll ihm ermöglicht werden, sich zu erholen, ohne durch den Lohnausfall davon abgehalten zu werden ( BGE 136 III 283 E. 2.3.5). Der Ferienlohn ist daher grundsätzlich dann auszuzahlen, wenn die Ferien tatsächlich bezogen werden ( BGE 129 III 664 E. 7.2). Aufgrund des klaren Wortlauts der zwingenden Gesetzesbestimmung darf ein Ausnahmefall, in dem der Ferienlohn auch schon laufend mit dem Lohn ausgerichtet werden kann, mit Blick auf den Schutzgedanken BGE 149 III 202 S. 208 der Bestimmung nur äusserst zurückhaltend angenommen werden. Es müssen unüberwindbare Schwierigkeiten vorliegen, die eine Auszahlung während der Ferien als praktisch nicht durchführbar erscheinen lassen (vgl. bereits BGE 129 III 493 E. 3.3). Zu denken ist etwa an gewisse Fälle von Teilzeitarbeit bei verschiedenen Arbeitgebern (vgl. etwa REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2010, N. 15 zu Art. 329d OR ; ERIC CEROTTINI, in: Commentaire du contrat de travail, Dunand/Mahon [Hrsg.], 2. Aufl. 2022,

N. 19 zu Art. 329d OR ; derselbe, *Le droit aux vacances*, 2001, S. 213; WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 4. Aufl. 2019, S. 511). Arbeitet der Arbeitnehmer zu 100 % für denselben Arbeitgeber, ist nicht einzusehen, welche unüberwindbaren Schwierigkeiten aufgrund von monatlichen Schwankungen der Arbeitszeit für eine Auszahlung des Lohns während der Ferien bestehen sollen. Das Bundesgericht hat in Fällen, die Vollzeitbeschäftigungen betrafen, bereits bisher betont, dass der variable Charakter des Arbeitslohns für sich allein keine von Art. 329d OR abweichende Vereinbarung rechtfertigt, da dies bei Stunden- oder Akkordlohn regelmässig vorkommt (Urteile 4A\_158/2021 vom 11. November 2021 E. 4.2; 4A\_478/2009 vom 16. Dezember 2009 E. 4). Mit der Vorinstanz erscheint im Hinblick auf die heute zur Verfügung stehenden Softwareangebote und Zeiterfassungssysteme eine dem Gesetz entsprechende Berechnung des Ferienlohns auch bei monatlichen Schwankungen des Lohns nicht mehr als unzumutbar (in diesem Sinne auch PORTMANN/RUDOLPH, in: *Basler Kommentar, Obligationenrecht*, Bd. I, 7. Aufl. 2020, N. 5 zu Art. 329d OR ; WOLFGANG PORTMANN, *Salaire afférent aux vacances et indemnité pour les vacances non prises/ Ferienlohn und Entschädigung für nicht bezogene Ferien*, ARV/DTA 2003 S. 221 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7. Aufl. 2012, N. 9 [S. 693] zu Art. 329d OR ; PRINZ/GEEL, in: *Arbeitsvertrag, Etter und andere* [Hrsg.], 2021, N. 10 zu Art. 329d OR ; zur Berechnung bei variablem Lohn: WYLER/HEINZER, a.a.O., S. 509; VISCHER/MÜLLER, *Der Arbeitsvertrag*, in: *SPR Bd. VII/4*, 4. Aufl. 2014, § 17 Rz. 33 Fn. 50 S. 229 f.; ADRIAN STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, 4. Aufl. 2006, N. 2 zu Art. 329d OR ; CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, a.a.O., S. 187 ff.; vgl. auch BGE 129 III 664 E. 7.3). Abgesehen davon könnte eine gesetzeskonforme Auszahlung des Ferienlohns auch in der Weise gewährleistet werden, dass der Ferienlohnanteil zwar periodisch mit dem Grundlohn berechnet und BGE 149 III 202 S. 209 ausgewiesen, aber erst beim tatsächlichen Ferienbezug ausbezahlt wird (CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, a.a.O., S. 211; PORTMANN/RUDOLPH, a.a.O., N. 5 zu Art. 329d OR ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 9 [S. 693] zu Art. 329d OR ). Somit ist für 100 %-Beschäftigungen bei derselben Arbeitgeberin festzuhalten: Die in der Rechtsprechung angeführten praktischen Schwierigkeiten infolge unregelmässiger Arbeitszeiten entfallen als Rechtfertigung. Eine Ausnahme vom Grundsatz nach Art. 329d Abs. 1 OR aufgrund monatlicher Schwankungen des geschuldeten Lohns selbst bei Vollzeitbeschäftigungen zuzulassen, würde den Schutzzweck dieser zwingenden Bestimmung aushöhlen. In solchen Fällen ist eine Ausnahme vom klaren Gesetzestext daher unzulässig.

### **E. 2.3**

Im vorliegenden Fall der zu 100 % angestellten Arbeitnehmerin bedeutet dies, dass der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden kann. Indem sie die vorinstanzliche Analyse hinsichtlich der zeitlichen Schwankungen der Arbeitszeiten kritisiert, zeigt sie keine Verletzung von Bundesrecht auf. Wie sich ergeben hat, ist eine ausnahmsweise - vom zwingenden Art. 329d OR abweichende - Vereinbarung der Ausrichtung des Ferienlohns mit dem laufenden Lohn im Fall der bei derselben Arbeitgeberin zu 100 % angestellten Beschwerdegegnerin nicht zulässig. Die von der Beschwerdeführerin geäusserten praktischen Bedenken sind nach dem Gesagten nicht stichhaltig. Die in der Beschwerde hervorgehobenen Schwankungen der monatlichen Arbeitsstunden vermögen eine Ausnahme nicht zu rechtfertigen, womit auch die im gleichen Zusammenhang erhobenen Sachverhaltsrügen ins Leere zielen. Entsprechend hat die Vorinstanz die Beschwerdeführerin zu Recht zur Ausrichtung des Ferienlohns verpflichtet. Die Berechnung des konkret zugesprochenen Betrags wird in der Beschwerde nicht

beanstandet.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.