



## Entschädigung des Ferienlohns bei unregelmässiger Arbeit im Stundenlohn

Einem unregelmässig arbeitenden Fahrer von Entsorgungsfahrzeugen wurde gekündigt, woraufhin dieser unter anderem noch den Ferienlohn einklagte. Das Bundesgericht musste sich im Urteil 4A\_619/2019 vom 15. April 2020 der Frage widmen, inwiefern eine Abgeltung des Ferienlohns mit dem laufenden Lohn zulässig sei.

■ Von Dr. iur. David Schneeberger, Rechtsanwalt, M.A. HSG



### Sachverhalt/Hintergrund

B arbeitete seit Oktober 2001 bei der A als Fahrer von Entsorgungsfahrzeugen für Siedlungsabfälle. Am 10. November 2017 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis fristlos. Nach einer erfolglosen Schlichtungsverhandlung klagte der Arbeitnehmer beim Arbeitsgericht des Seebezirks. Er beantragte, die Arbeitgeberin habe ihm wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung Schadenersatz und eine Entschädigung zu leisten. Sodann forderte er einen Überzeitzuschlag von CHF 4251.45 brutto Lohn ab dem 16. Oktober 2017, den er im schriftlichen Schlussvortrag auf CHF 6061.85 brutto bezifferte, und Ferienlohn von CHF 31 836.95 brutto.

Mit Entscheid vom 6. Mai 2019 erklärte das Arbeitsgericht die fristlose Kündigung für rechtens und verwarf die damit verbundenen Begehren des Arbeitnehmers. Hingegen verpflichtete es die Arbeitgeberin, dem Arbeitnehmer einen Überzeitzuschlag von CHF 4233.45 brutto und Lohn ab dem 16. Oktober 2017 von CHF 4510.55 netto zu bezahlen. Die Forderung auf Ferienlohn wies es ab.

Auf Berufung des Arbeitnehmers bestätigte das Kantonsgericht Freiburg am 6. November 2019 die Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung. Dagegen verpflichtete es die Arbeitgeberin in teilweiser Gutheissung der Berufung, dem Arbeitnehmer zusätzlich zum Überzeitzuschlag von CHF 4233.45 brutto und Lohn ab dem 16. Oktober 2017 von CHF 4510.55 netto auch Ferienlohn von CHF 31 331.80 brutto zu bezahlen.

Die Arbeitgeberin reichte dagegen beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen ein, welches am 15. April 2020 entschied (Urteil 4A\_619/2019).

### Wichtige gesetzliche Bestimmungen

#### Art. 329d Abs. 1 OR

Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn und eine angemessene Entschädigung für ausfallenden Naturallohn zu entrichten.

#### Art. 362 OR

Durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag darf von den folgenden

Vorschriften nicht zuungunsten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers abgewichen werden: u.a. Art. 329d OR.

Abreden sowie Bestimmungen von Normalarbeitsverträgen und Gesamtarbeitsverträgen, die von den vorstehend angeführten Vorschriften zuungunsten des Arbeitnehmers abweichen, sind nichtig.

### Entscheid des Bundesgerichts

3. Vor Bundesgericht ist nur noch umstritten, ob die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner Ferienlohn von CHF 31 331.80 brutto zu bezahlen hat.

3.1. Nach Art. 329d Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn zu entrichten. Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung bedeutet diese Bestimmung, dass der Arbeitnehmer während der Ferien lohnässig nicht schlechtergestellt werden darf, als wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte. Die Bestimmung ist relativ zwingend (Art. 362 Abs. 1 OR). Vereinbarungen, die den Arbeitnehmer schlechterstellen, 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.

Da die Durchsetzung des Verbots der Abgeltung mit dem laufenden Lohn bei unregelmässigen Beschäftigungen Schwierigkeiten bereiten kann, hat das Bundesgericht die Abgeltung des Ferienlohns mit dem laufenden Lohn zunächst in Abweichung vom Gesetzestext bei unregelmässiger Beschäftigung ausnahmsweise zugelassen, dies aber an drei 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 («clairément 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 blosse 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.

**3.2.** Die Vorinstanz stellte fest, die Beschwerdeführerin habe den Ferienlohn des Beschwerdegegners mit dem Monatslohn abgegolten. Habe er Ferien bezogen, sei sein Einkommen massiv gesunken. Seine Arbeit sei im Stundenlohn vergütet worden, wobei die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit 41,9 Stunden betragen habe. Dies ergebe bei vier bzw. sechs jährlichen Ferienwochen eine durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von 45 bzw. 47 Stunden. Somit habe der Beschwerdegegner in einem Vollzeitpensum gearbeitet.

Werde wie im vorliegenden Fall eine Vollzeitarbeit im Stundenlohn ausgeübt, könne gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht von unregelmässiger Arbeit gesprochen werden. Deshalb sei eine Abgeltung des Ferienlohns mit dem laufenden Lohn von vornherein unzulässig. Unter Berücksichtigung der Verjährung habe die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner von Februar 2013 bis November 2017 den Ferienlohn zu ersetzen. Das entrichtete Feriengeld von 8,33% bis Dezember 2006, 10,64% bis Dezember 2016 und 13,04% ab Januar 2017 sei angemessen und daher für die Berechnung massgebend. Daraus resultiere ein Ferienlohn von CHF 39 451.30. Verlangt habe der Beschwerdegegner lediglich CHF 31 331.80 brutto, welcher Betrag ihm zuzusprechen sei.

**3.3.** Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 329d OR. Die Vorinstanz habe in tatsächlicher Hinsicht gar nicht geprüft, ob eine unregelmässige Beschäftigung vorliege. Vielmehr sei sie davon ausgegangen, dass bei einem Vollzeitpensum die Abgeltung des Ferienanspruchs mit dem laufenden Lohn ohnehin unzulässig sei.

**3.4.** Im Gegensatz zur ersten Instanz übergang die Vorinstanz das Urteil 4C.90/2003 vom 7. Juli 2003. Dieses fiel knapp zwei Wochen nach dem viel zitierten BGE 129 III 493 und betraf eine Arbeitnehmerin, die ausdrücklich

zu 100% als Nachtwächterin angestellt war, wobei theoretisch vier Nachtwachen pro Woche einem Vollzeitpensum entsprächen. Das Bundesgericht wies darauf hin, man dürfe die praktischen Schwierigkeiten bei der Berechnung des Ferienlohns nicht aus den Augen verlieren. Diese Schwierigkeiten bestünden nicht nur bei unregelmässigen Teilzeitbeschäftigungen, sondern auch bei der zu 100% angestellten Arbeitnehmerin, die nicht regelmässig vier Nachtwachen übernimmt, sondern gelegentlich fünf oder mehr. Die Einsätze seien alle vier Wochen geplant worden, weshalb die Arbeitgeberin den jeweiligen Monatslohn der Nachtwächterin nur schwer habe voraussehen können. Deshalb habe man von der Arbeitgeberin nicht erwarten dürfen, dass sie das ganze Jahr über den Ferienlohn berechnet oder eine komplizierte jährliche Abrechnung vornimmt.

Wie soeben dargelegt, hielt das Bundesgericht fest, eine unregelmässige Beschäftigung sei auch bei einer Vollzeitstellung möglich. Dem zitierten Urteil 4A\_561/2017 ist nichts anderes zu entnehmen. Ohnehin war die Frage für jenen Entscheid nicht wesentlich, da die Abgeltung des Ferienanspruchs mit dem laufenden Lohn dort unzulässig war, weil der für die Ferien bestimmte Lohnanteil im schriftlichen Arbeitsvertrag nicht ausgeschieden war (zit. Urteil 4A\_561/2017 E. 3.4).

Die Vorinstanz stellte fest, der Beschwerdegegner habe Vollzeit gearbeitet, und erwog, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung könne nicht von unregelmässiger Arbeit gesprochen werden, wenn eine Vollzeitarbeit im Stundenlohn ausgeübt werde. Nach dem Gesagten verletzte sie damit Bundesrecht.

**3.5.** Die erste Instanz hatte 56 Lohnabrechnungen von März 2013 bis Oktober 2017 analysiert. Dabei hatte sie Abwesenheiten des Beschwerdegegners wegen Ferien, Krankheit oder Unfall berücksichtigt und ermittelt, dass die Differenz zum Vormonat in lediglich 21 Lohnabrechnungen weniger als 10% betragen hatte, bei 25 Lohnabrechnungen mehr als 10% und bei zehn Lohnabrechnungen mehr als 25%. Daraus hatte die erste Instanz geschlossen, dass eine unregelmässige Beschäftigung vorlag. Mit dieser Argumentation der ersten Instanz setzte sich die Vorinstanz nicht auseinander, weil sie von der bundes-

rechtswidrigen Prämisse ausging, eine Vollzeitstellung sei stets regelmässig.

**3.6.** Die Rüge der Beschwerdeführerin ist begründet. Nicht mehr einzugehen ist bei diesem Ausgang auf die weitere Rüge der Beschwerdeführerin, wonach ein allfälliges Abgeltungsverbot nur für obligatorische Ferien gelten würde. Gleiches gilt für die Einreden der Tilgung und der Verrechnung.

### Urteil

Die Beschwerde ist gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdegegner kosten- und entschädigungspflichtig.

### Zusammenfassung und Fazit

Ein Mitarbeiter arbeitete auf Stundenbasis, wobei ihm die Ferien bereits mit dem Lohn abgegolten wurden. Dies sah der Mitarbeiter anders, welcher den Ferienlohn nach seiner Entlassung gerichtlich einklagte. Da der Mitarbeiter zwar auf Stundenbasis, aber letztlich Vollzeit gearbeitet hatte, schloss die Vorinstanz fälschlicherweise daraus, dass keine unregelmässige Beschäftigung vorliegen könne. Dem widersprach das Bundesgericht, welches festhielt, dass eine unregelmässige Beschäftigung auch bei einer Vollzeitstellung möglich sei. Das Gericht hielt zudem fest, dass eine Vollzeitstellung nicht stets regelmässig sein müsse. Die Angelegenheit wurde zur erneuten Beurteilung zurückgewiesen.

Aus betrieblicher Sicht bedeutet dieses Urteil einmal mehr, dass der Teufel im Detail steckt und bei Stundenlöhnen extreme Vorsicht in der Vertragsgestaltung angewendet werden muss. Eine Regelung, wonach der Ferienlohn bereits abgegolten sei, kann hinsichtlich der Einsatzplanung von Vorteil sein, da dadurch keine Ferien gewährt werden müssen. Ergibt sich aber im Nachhinein, dass trotzdem ein Anspruch auf Ferien bestanden hätte, wären diese unter Umständen finanziell abzugelten.



### AUTOR

**Dr. iur. David Schneeberger,**  
Rechtsanwalt, M.A. HSG in Law & Economics. Arbeitet als Leiter Stab am Bundesverwaltungsgericht.