

## Arbeitsrecht - Arbeitsrechtliche Umschau - **Entschädigung für nicht bezogene Ferien**

8. Der Kläger verlangt die Anerkennung der Entschädigung für 6 nicht bezogene Ferienwochen (3 Wochen im Jahr 2004 und 3 Wochen für 2005). Die Beweislast für den Anspruch auf Ferien und Ruhetage in Abhängigkeit der Dauer des Arbeitsverhältnisses liegt zwar beim Arbeitnehmer, doch die Beweislast dafür, ob diese freien Tage vom Arbeitnehmer bezogen wurden oder nicht, liegt tatsächlich beim Arbeitgeber, der besser als alle anderen darüber Bescheid wissen kann, da er über eine ganze Reihe von Kontrollmitteln verfügt – oder darüber verfügen sollte. (vgl. BGE 128 III 271, Erwäg. 2a).
- 8.1 Der Kläger hat die Beklagte vergeblich aufgefordert, die Abrechnungen über die von ihm bezogenen Ferientage vorzulegen. Die Beklagte antwortete, sie verfüge nicht über solche Unterlagen, obschon aus den Zeugenaussagen das Gegenteil hervorgeht (vgl. Zeuge B., "Die Daten bezüglich Ferien und Überstunden waren in der Excel-Datei enthalten"). Gemäss Art. 210, ZPO gilt: Wenn die Partei, die zur Vorlage des Dokuments verpflichtet ist, dies nicht tut, ist die Tatsache, die es zu beweisen galt, als wahr oder die vorgelegte Kopie als übereinstimmend zu betrachten. (...) Die Beweislast lag auf jeden Fall beim Arbeitgeber. Daraus folgt, dass man sich an die Aussagen des Arbeitnehmers halten muss, da der Arbeitgeber in keiner Weise nachgewiesen hat, wie viele Ferientage der Arbeitnehmer tatsächlich bezogen hatte.
- 8.2 Aufgrund von Art. 329a, Abs. 1, OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer jedes Jahr mindestens 4 Wochen Ferien zu gewähren. Für ein unvollständiges Jahr werden die Ferien proportional zur Dauer des Arbeitsverhältnisses im betrachteten Dienstjahr gewährt (Abs.3). Gemäss Art. 329d, Abs.2. OR dürfen die Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden. Dieses Verbot der Kompensierung bezieht sich jedoch nicht auf den Fall nicht bezogener Ferientage nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses; in diesem Fall gibt es keine andere Möglichkeit als die Abgeltung durch eine Geldleistung, die dem Lohn entspricht, den der Arbeitnehmer erhalten hätte, wenn er die Ferien in natura bezogen hätte (STAEHELIN/VISCHER, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V/2, Zürich 1996, Nr. 16 zu Art. 329d), und diese Entschädigung schliesst auch den Ferienanspruch ein, der während der Kündigungsfrist erworben würde (JAR 2000/267).
- 8.3 Was den restlichen Ferienanspruch für das Jahr 2004 betrifft (drei Wochen), könnte man sich die Frage nach ihrer Verjährung, beziehungsweise ihrem Verfall, stellen; diese Problematik wurde von der Beklagten in der Duplik aufgeworfen. Abgesehen davon, dass die Beanstandung wahrscheinlich zu spät kommt, wäre diese These auf jeden Fall zu verwerfen. Wie vom Bundesgericht noch vor kurzem erwähnt wurde (vgl. BFE 130 III 19, E.\*.2.), ist die Rechtsprechung mit Bezug auf den alten Art. 329c OR nach der Gesetzesänderung (im Kraft seit 1.7.2004) überholt; das aktuelle Gesetz kennt keine auf ein Jahr beschränkten Verjährungs- oder Verfallfristen für den Ferienanspruch; anwendbar bleiben die allgemeinen Bestimmungen der Art. 127 ff. OR. Gemäss Art. 329c OR ist der Arbeitgeber dafür verantwortlich, dass der Arbeitnehmer die Ferien im betreffenden Jahr beziehen kann. Daraus folgt, dass für den Fall, dass die Ferien nicht während der betreffenden Zeit bezogen werden, sich diese von einem Jahr zum anderen kumulieren. Diesbezüglich unerheblich ist die Tatsache, dass bei der Beklagten an der Tür zur Mensa ein Anschlag hing, "in dem die Arbeitnehmer aufgefordert werden, die Ferien eines Jahres bis zum Monat März oder April des folgenden Jahres aufzubauchen"; die Verantwortung dafür lag, wie schon gesagt, beim Arbeitgeber und zudem lassen weder die Form noch der Inhalt des erwähnten Anschlags den Schluss zu, dass der Anspruch darauf erlischt. Für das Jahr 2004 sind demnach noch nicht bezogen worden - und damit abzugelten - 15 Tage.
- 8.4 Was die Ferien für das Jahr 2005 betrifft (drei Wochen), ist darauf hinzuweisen, dass die Entschädigung für nicht bezogene Ferien anhand der vom BIGA erstellten Umwandlungstabelle bestimmt wird (vgl. DTA 2/3 1988, S. 44), mit welcher der Ferienanspruch pro rata temporis ermittelt wird, also proportional zur Dauer des Arbeitsverhältnisses im betrachte-

ten Jahr (vgl. auch Art. 329a, Abs. 3, OR). Der oben erwähnten Tabelle zufolge hätte der Kläger, der einen Ferienanspruch von vier Wochen im Jahr hatte, 1.67 Ferientage im Monat bekommen; der Kläger hätte für das Jahr 2005 insgesamt Anspruch auf eine Entschädigung, die 15 Ferientagen entspricht ( $1.67 \times 9$  Monate); davon sind die bereits bezogenen Ferientage, nämlich fünf, abzuziehen (vgl. Eingabe vom 28.7.2005, Seite 3: "für 2005 hat er noch Anspruch auf 3 Wochen"). Daraus folgt, dass der Kläger Anspruch auf eine Abgeltung für insgesamt 25 nicht bezogene Ferientage hat.

8.5 Die Ferienentschädigung wird als Prozentsatz des jährlich ausgerichteten Bruttolohns berechnet (ohne Familienzulagen); dieser Prozentsatz beläuft sich für vier Ferienwochen auf 8,33%.

Urteil des Arbeitsgerichts Mendrisio-Süd vom 27. September 2006 (Übersetzung aus dem Italienischen).

Quelle: Schweizer Arbeitgeber Nr. 2 vom 17. Januar 2008