



Kommentar zu: Urteil: [4A_357/2022](#) vom 30. Januar 2023, zur Publikation vorgesehen
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Arbeitsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) | 

Ferienzuschlag bei 100%-Pensum unwirksam

Autor / Autorin

Marc Schmid

MARC SCHMID | rechtsschmid.ch
Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Redaktor / Redaktorin

Roland Müller



ME Advocat Rechtsanwälte

Thomas Geiser



Universität St.Gallen

Eine Betriebsarbeiterin Verpackung war in einem Pensum von 100% angestellt mit einem Stundenlohn von CHF 18. Dabei schwankte ihr Arbeitspensum monatlich, weshalb die Ferien durch einen Zuschlag von 8.33% bzw. 10.64% pro Arbeitsstunde entschädigt wurden. Während den Ferienabwesenheiten wurde kein Lohn bezahlt. Dies ist laut Bundesgericht nach Art. 329d OR unzulässig. Der Lohn muss im Moment des Ferienbezuges bezahlt werden und darf nicht vorab mit dem laufenden Lohn entschädigt werden. Trotz des laufend bezahlten Ferienzuschlages mussten die Ferien im Betrag von CHF 17'340.70 nachträglich entschädigt werden.

I. Sachverhalt

[1] Die Arbeitnehmerin arbeitete ab dem 1. September 2003 für die Arbeitgeberin. Sie forderte Ferienentschadigung für den Zeitraum 1. September 2017 bis 30. September 2020. Sie war in einem Vollzeitpensum tätig und wurde im Stundenlohn entlöhnt. Ihre Arbeitszeit schwankte monatlich zwischen 10 und 25%. Sie hat mit dem Stundenlohn zunächst 8.33% und später 10.64% Ferienzuschlag entsprechend 4 bzw. 5 Wochen Ferien erhalten. Während ihren Ferienabwesenheiten erhielt sie keinen Lohn, da sie keine Arbeit leistete.

[2] Die Arbeitnehmerin argumentierte, dass dies unzulässig ist. Eine Abgeltung der Ferien mit dem laufenden Lohn sei nur erlaubt, wenn jemand in einem unregelmässigen Pensum arbeitet. Bei ihr könnte dies aber trotz Schwankungen aufgrund des im Durchschnitt hohen Arbeitspensums mit einer Vollzeitbeschäftigung nicht ge-

sagt werden.

[3] Gemäss Feststellung der Vorinstanz, dem Kantonsgericht Basel-Landschaft, hat sich das monatliche Pensum zwischen März 2016 und September 2020 total 27-mal und im Rahmen von 10–25% geändert. Damit liege zwar eine unregelmässige Beschäftigung vor, die gemäss Rechtsprechung eine von Art. 329d OR abweichende vertragliche Regelung des Ferienlohns rechtfertigt. Im vorliegenden konkreten Einzelfall war ausnahmsweise die Abgeltung des Ferienlohns mittels Ferienzuschlag nicht gerechtfertigt.

[4] Das Bundesgericht bestätigte den Entscheid der Vorinstanz im Ergebnis. Es begründete den Entscheid jedoch anders.

II. Erwägungen

[5] Zunächst muss immer geprüft werden, ob eine unregelmässige Tätigkeit vorliegt (E. 2.2.2). Bei einer regelmässigen Tätigkeit kommt eine Abgeltung der Ferien mit einem Ferienzuschlag nicht in Frage.

[6] Auch bei Unregelmässigkeit darf nur in Ausnahmefällen davon abgewichen werden, dass während der Ferien der Lohn weiterbezahlt wird. Der Grund dafür ist, dass Art. 329d OR sicherstellen soll, dass Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Ferienbezugs ein Einkommen haben. Ansonsten könnte der Erholungszweck vereitelt werden (E. 2.2.3).

[7] Namentlich muss es wegen den Schwankungen unmöglich sein, den Lohn für die Ferien zu berechnen. Bei Arbeitnehmern zu 100% ist mit den heutigen Zeiterfassungssystemen eine Berechnung des Ferienlohns auch bei monatlichen Schwankungen möglich. Als Alternative kann der Ferienlohn periodisch mit dem Grundlohn ausgewiesen, aber erst beim Ferienbezug ausbezahlt werden (E. 2.2.3). Hätte im vorliegenden Fall die Arbeitgeberin den Ferienzuschlag zwar ausgewiesen, aber zurückbehalten, hätte sie ihn während der Ferienabwesenheit ausbezahlen können. Dann wäre Art. 329d OR nicht verletzt gewesen.

III. Kommentar

[8] Der Entscheid sowie die Rechtsprechung sind meiner Meinung nach in finanzieller Hinsicht stossend. Die Arbeitnehmerin hat vorliegend den Lohn für die Ferien erhalten. Er wurde ihr mit dem laufenden Lohn ausbezahlt. Einzig der Auszahlungszeitpunkt stimmte nicht mit dem Bezug der Ferien überein. Mit Blick auf Art. 329d OR und die langjährige Rechtsprechung war der Entscheid aber konsequent.

[9] Allerdings ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung in letzter Zeit zu diesem Thema nicht widerspruchlos. Zu erwähnen ist dabei der im vorliegenden Entscheid nur am Rande zitierte BGE [4A_31/2021](#) vom 30. März 2022. Dort wurde entschieden, dass trotz eines 100%-Pensums eine unregelmässige Tätigkeit vorlag.

[10] Es war aber in BGE [4A_31/2021](#) offenbar zu schwierig, den auf die Ferien entfallenden Lohn zu berechnen. Somit war die Entschädigung des Ferienlohns mit dem laufenden Lohn zulässig, anders als im vorliegenden Entscheid.

[11] Es ist nicht nachvollziehbar, wieso beim Entscheid vom 30. März 2022 die laufende Abgeltung des Ferienlohns erlaubt wurde. Dies trotz 100%-Pensums und gleiche technische Möglichkeiten wie heute. Als Konsequenz dieses letztjährigen Entscheides hätte im vorliegenden Fall zu Gunsten der Arbeitgeberin entschieden werden müssen.

[12] In rechtlicher Hinsicht liegt somit je nach Betrachtungsweise eine Präzisierung oder eine Weiterentwicklung

der Rechtsprechung vor. Bei 100%-Pensen ist eine laufende Abgeltung des Ferienlohns ab jetzt laut Bundesgericht nicht mehr möglich. Dies war nicht nur im BGE [4A_31/2021](#), sondern auch in BGE [4C.90/2003](#) noch anders. Dort war eine Arbeitnehmerin zu 100% als Nachtwächterin angestellt, aber die Anzahl der Einsatznächte pro Woche schwankte.

MARC SCHMID, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Seestrasse 41, 8002 Zürich.

Zitiervorschlag: Marc Schmid, Ferienzuschlag bei 100%-Pensum unwirksam, in: dRSK, publiziert am 22. März 2023

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch