

Vorsicht vor Doppelzahlung von Ferienentschädigungen

Der Gasthof zum Ochsen hat während drei Jahren einen Serviceangestellten im Stundenlohn für unregelmässige Einsätze bei hohem Gästeaufkommen beschäftigt. Im Arbeitsvertrag wurde vereinbart, dass zum Stundengrundlohn ein Ferien- zuschlag von 10.65% (für 35 Ferientage pro Jahr) ausbezahlt wird. Dieser Ferienzuschlag wurde dem Arbeitnehmer zwar ausbezahlt, aber in den Lohnabrechnungen wurden diese Zuschläge nicht separat ausgewiesen. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangt nun der ehemalige Arbeitnehmer, der die Ferien jeweils tatsächlich bezogen hat, die Auszahlung der Ferienentschädigung für die letzten drei Jahre.

Dürfen Ferien während des Arbeitsverhältnisses durch Geld abgegolten werden?

Das Gesetz enthält zwei zwingende Bestimmungen betreffend Ferien und Ferienlohn. Zum einen hält es fest, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn zu bezahlen hat (Art. 329d Abs. 1 OR). Das bedeutet, dass der Arbeitnehmer während den Ferien lohnässig nicht schlechter gestellt werden darf, als wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte. Überdies dürfen Ferien während der Anstellungszeit nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden.

Bei einer Beschäftigung im Stundenlohn hat das Bundesgericht in Abweichung vom Ferienabgeltungsverbot die Zulässigkeit einer Entschädigung im Stundenlohn mit einer Ferienentschädigung unter folgenden **kumulativen** Voraussetzungen zugelassen:

- Die Arbeitsleistung wird unregelmässig erbracht;
- die Ferienentschädigung muss im Arbeitsvertrag separat ausgewiesen sein, entweder mit einem fixen Betrag oder einem Prozentsatz;
- jede Lohnabrechnung muss die Ferienentschädigung betragsmässig ausweisen.

Sind nicht alle genannten Voraussetzungen erfüllt, ist eine Entschädigung im Stundenlohn mit einer Ferienentschädigung nicht zulässig und der Arbeitgeber kann grundsätzlich zur Nachzahlung des entsprechenden Ferienlohnes verpflichtet werden.

Ist es nicht rechtsmissbräuchlich, wenn der Arbeitnehmer nochmals den Ferienlohn verlangt, obwohl er wusste, dass der ausbezahlte Lohn eine Ferienentschädigung enthalten hat?

Die nochmalige Geltendmachung des Ferienlohnes ist selbst dann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht rechtsmissbräuchlich, wenn der Arbeitnehmer während des gesamten Arbeitsverhältnisses gewusst hat, dass die Ferienlohnentschädigung im Lohn inbegriffen war, die Ferienentschädigung aber auf den einzelnen Lohnabrechnungen nicht betragsmässig ausgewiesen war.

Im Widerspruch zwischen der Zustimmung zu einer Vereinbarung und der nachträglichen Geltendmachung ihrer Ungültigkeit unter Berufung auf zwingendes Recht ist gemäss Bundesgericht kein Rechtsmissbrauch zu erblicken. Ein Rechtsmissbrauch wäre nur dann zu bejahen, wenn zusätzliche besondere Umstände vorliegen. Ein solcher zusätzlicher Umstand wäre etwa darin zu erblicken, wenn der ehemalige Arbeitnehmer, der sich auf zwingendes Recht beruft, die dagegen verstossende Vereinbarung in eigenem Interesse und in Kenntnis ihrer Unzulässigkeit selber vorgeschlagen hätte. In einem solchen Fall hätte er beim Rechtserwerb unredlich gehandelt und wäre darin nicht zu schützen.

Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid die Frage aufgeworfen aber nicht entschieden, ob es angesichts der in der Praxis kaum jemals unüberwindbaren Schwierigkeiten, den auf die Ferien entfallenden Lohn zu berechnen, angebracht ist, auch künftig an der Möglichkeit einer Abgeltung des Feriengeldes im laufenden Lohn festzuhalten. Es ist demnach offen, ob sich die Rechtsprechung in Zukunft in Bezug auf die Ferienentschädigung sogar noch weiter verschärfen wird.

Empfehlung

Um der Gefahr einer Nachzahlung zu entgehen, ist nach geltender Rechtsprechung bei unregelmässigen Arbeitseinsätzen die Ferienentschädigung im Arbeitsvertrag sowie auf jeder Lohnabrechnung betragsmässig auszuweisen.

Zusätzlich wird insbesondere von der Arbeitnehmerseite gefordert, dass der Ferienzuschlag zwar auf jeder Lohnabrechnung betragsmässig ausgewiesen wird, aber erst beim tatsächlichen Bezug der Ferien ausbezahlt wird, um sicherzustellen, dass dem Arbeitnehmer beim Bezug der Ferien der entsprechende Betrag auch tatsächlich zur Verfügung steht. Solange diese Frage höchstrichterlich nicht geklärt ist, besteht Unsicherheit, ob die Voraussetzungen der Ferienentschädigung künftig noch weiter verschärft werden. Um auch bei einer solchen Entwicklung der Gefahr einer Nachzahlung zu entgehen, wird deshalb empfohlen, bei unregelmässigen Arbeitseinsätzen nicht nur die Ferienentschädigung im Arbeitsvertrag und auf jeder Lohnabrechnung betragsmässig auszuweisen, sondern diese erst beim tatsächlichen Bezug der Ferien auszuzahlen.

Dr.iur. Eliane E. Ganz, LL.M., Rechtsanwältin

c/o Gastrolegal Dr. iur. Peter P. Theiler, Zürich