



Auszahlung angesammelter Ferienguthaben

MICHEL VERDE*

Nach Art. 329d Abs. 2 OR dürfen Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden. In der Praxis kommt es jedoch ab und zu vor, dass ein Arbeitnehmer über Jahre hinweg ein hohes Ferienguthaben ansammelt und dass sowohl er als auch die Arbeitgeberin ein Interesse daran haben, ein Teil des angesammelten Ferienguthabens auszuzahlen, statt real zu beziehen. Eine solche Auszahlung ist jedoch nur in Bezug auf denjenigen Teil des Ferienanspruchs zulässig, der über den gesetzlichen oder in einem Gesamtarbeitsvertrag vorgesehenen Mindestanspruch hinausgeht; andernfalls riskiert die Arbeitgeberin, die betreffenden Ferien am Ende des Arbeitsverhältnisses ein zweites Mal auszahlen zu müssen.

Selon l'art. 329d al. 2 CO, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou par d'autres avantages tant que durent les rapports de travail. Dans la pratique cependant, il arrive parfois qu'un employé accumule sur plusieurs années un solde de vacances élevé et qu'il soit aussi bien dans son intérêt que dans celui de l'employeur qu'une partie de ces avoirs ne soit pas perçue réellement sous forme de vacances, mais payée. Un tel versement n'est cependant admis que pour la partie du droit aux vacances qui dépasse le droit minimum prévu par la loi ou par une convention collective de travail, faute de quoi l'employeur court le risque de devoir payer les vacances en question une seconde fois à la fin des rapports de travail.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Massgebliche Aspekte des Ferienanspruchs
 - A. Entstehung des Ferienanspruchs
 - B. Zweck der Ferien
 - C. Rechtsnatur des Ferienanspruchs
 - D. Verjährung des Ferienanspruchs
- III. Ist eine Abgeltung angesammelter Ferienguthaben zulässig?
 - A. Grundsatz des Abgeltungsverbots als Ausgangslage
 - B. Tragweite des Abgeltungsverbots während des laufenden Arbeitsverhältnisses
 - C. Schlussfolgerungen
 1. Abgeltungsverbot für den obligatorischen Ferienanspruch
 2. Rechtsmissbrauch als Schranke
 3. Kein zwingendes Abgeltungsverbot für den überobligatorischen Ferienanspruch

I. Einleitung

Alljährlich kommt es vor, dass Arbeitnehmer die ihnen in einem Dienstjahr zustehenden Ferien nicht vollständig beziehen. Da das am Jahresende verbleibende Ferienguthaben nicht verwirkt,¹ sondern zwingend der Verjährung

unterliegt, bleibt es bestehen und summiert sich mit dem im Folgejahr erworbenen Ferienguthaben des Arbeitnehmers. Bisweilen sammeln Arbeitnehmer über Jahre hinweg Guthaben von siebzig oder mehr Ferientagen an. In derartigen Fällen haben häufig sowohl der Arbeitnehmer wie auch die Arbeitgeberin ein Interesse daran, dass zumindest ein Teil des akkumulierten Ferienguthabens während des laufenden Arbeitsverhältnisses ausbezahlt wird. Der Arbeitnehmer möchte zum Beispiel lieber Geld für eine besondere Anschaffung oder für eine kostspielige Ferienreise erhalten, anstatt zum Beispiel in den folgenden Jahren jeweils sechs bis sieben Wochen Ferien zu beziehen. Ob und inwieweit eine solche Auszahlung zulässig ist oder ob die Arbeitgeberin riskiert, am Ende des Arbeitsverhältnisses zu einer erneuten Auszahlung der angehäuften Ferientage verpflichtet zu werden, ist unklar. In der Lehre ist umstritten, ob eine derartige Auszahlungsvereinbarung generell gegen das Ferienabgeltungsverbot von Art. 329d Abs. 2 OR verstösst oder ob sie innerhalb gewisser Schranken zulässig ist. Gerichtsentscheide, die diese Frage direkt beantworten, liegen soweit ersichtlich nicht vor. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Akkumulation von Ferienguthaben und mit der Frage der Zulässigkeit einer Auszahlung von Ferienansprüchen nach dem schweizerischen Obligationenrecht.

* MICHEL VERDE, Dr. iur., Rechtsanwalt, Eversheds Sutherland AG, Zürich, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern.

¹ Statt vieler BGE 130 III 19 E. 3.2; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 329c N 4, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Verfasser); MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR, Art. 319–330b OR, Bern 2010 (zit. BK-REHBINDER/STÖCKLI), Art. 329c OR N 7; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeits-

vertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012 (zit. PraKomm-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH), Art. 329c OR N 4; FRANK VISCHER/ROLAND M. MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, 4. A., Basel 2014, § 17 N 25.

II. Massgebliche Aspekte des Ferienanspruchs

A. Entstehung des Ferienanspruchs

Der Ferienanspruch entsteht vom ersten Arbeitstag an pro rata temporis und wächst kontinuierlich mit der Dauer des Dienstjahres.^{2, 3, 4} Diesbezüglich ist zu beachten, dass die Ferienwoche nicht wie die Kalenderwoche sieben Tage umfasst, sondern (gleich der Arbeitswoche) aus der Anzahl Tage besteht, an denen der Arbeitnehmer normalerweise pro Woche arbeitet.⁵ Wenn zum Beispiel die Arbeitswoche fünf Tage umfasst und der jährliche Ferienanspruch fünf Wochen (= 25 Ferientage) beträgt, wächst der Ferienanspruch pro Arbeitswoche um 0,532 Ferientage an. Der gesetzliche oder vertragliche jährliche Ferienanspruch ist somit erst dann vollständig entstanden, wenn der Arbeitnehmer das komplette betreffende Dienstjahr abzüglich der ihm in jenem Jahr zustehenden Anzahl Ferienwochen gearbeitet hat.⁶ Ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsvertrag fünf Wochen Ferien pro Dienstjahr vorsieht, muss demnach 47 Wochen arbeiten, um den vollen Ferienanspruch zu erwerben.⁷ Da der Ferienanspruch mit der Dauer des Arbeitsverhältnisses anwächst, kommt ihm ein Entgeltcharakter zu.⁸

Zu Recht geht ein Teil der Lehre⁹ davon aus, dass wenn der Arbeitnehmer mehr Wochen im Dienstjahr arbeitet, als zur Entstehung seines jährlichen Ferienanspruchs erforderlich sind, sein Ferienanspruch weiter anwächst. Arbeitet ein Arbeitnehmer mit einer 5-Tage-Arbeitswoche und einem jährlichen Ferienanspruch von 25 Tagen beispielsweise 49 statt 47 Wochen im Jahr, so hat er in den zwei zusätzlichen Wochen, an denen er gearbeitet hat, einen zusätzlichen Ferienanspruch von 1,064 Tagen erworben. Im folgenden Dienstjahr muss er folglich nur noch 45 Wochen arbeiten, um zusammen mit dem nicht bezogenen Ferienguthaben des Vorjahres einen Ferienanspruch von total 35 Tagen bzw. 7 Wochen zu erlangen. Verzichtet also ein Arbeitnehmer über mehrere Jahre hinweg auf den Bezug der ihm zustehenden Ferien, so akkumuliert er mehr Ferienguthaben als lediglich die in Art. 329a Abs. 1 OR oder im Arbeitsvertrag genannte jährliche Anzahl Ferienwochen. Bezieht zum Beispiel ein Arbeitnehmer mit einem jährlichen Ferienanspruch von fünf Wochen und einer 5-Tage-Arbeitswoche zwei Jahre lang keine Ferien, so hat er in dieser Zeit nicht 50, sondern 55,32 Ferientage erworben. Diesem Umstand ist bei der Feststellung des Ferienguthabens am Ende des Arbeitsverhältnisses, das unter Umständen auszuzahlen ist,¹⁰ wie auch sonst im Rahmen einer Abgeltung Rechnung zu tragen.

B. Zweck der Ferien

Ferien dienen in erster Linie der Erholung des Arbeitnehmers, darüber herrscht seit langem Einigkeit.¹¹ Die Pflicht, dem Arbeitnehmer Ferien zu gewähren, dient mithin auch, aber nicht nur, dem Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers und ist so gesehen ein Teilaspekt der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin.¹² Darüber hinaus sollen die Ferien dem

² Im Arbeitsvertrag kann vereinbart werden, dass sich der Ferienanspruch nach dem Kalenderjahr statt nach dem Dienstjahr berechnet (statt vieler PraKomm-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH [FN 1], Art. 329a OR N 4).

³ Vgl. Art. 329a Abs. 3 OR; HANS-PETER EGLI, Strittige Fragen zum Thema «Ferien», ArbR 2006, 119 ff., 134; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 1), Art. 329a OR N 9 f.; PraKomm-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 1), Art. 329a OR N 3; VISCHER/MÜLLER (FN 1), § 17 N 15 und Fn 18.

⁴ Möglich ist indes eine Kürzung des Ferienanspruchs bei unbezahltem Urlaub, Streik oder unberechtigter Verweigerung der Arbeitsleistung (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH [FN 1], Art. 329b N 3; BK-REHBINDER/STÖCKLI [FN 1], Art. 329b OR N 1; PraKomm-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH [FN 1], Art. 329b OR N 3, m.w.Verw.) sowie in den von Art. 329b OR vorgesehenen Fällen.

⁵ ERIC CEROTTINI, Le droit aux vacances, Diss. Lausanne 2001, 87.

⁶ EGLI (FN 3), 134 f.

⁷ $47 \times 0,532 = 25$ (bzw. ungerundet 25,004). Zur vereinfachten Berechnung des Pro-rata-Ferienanspruchs bei unvollständigen Dienstjahren siehe ARV 1988, Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit BIGA [heute: SECO], Ferienanspruch der Arbeitnehmer, 1 ff., 4.

⁸ Vgl. EGLI (FN 3), 123 f.; THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. A., Bern 2015, N 489; ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Art. 319–330a OR, Der Arbeitsvertrag, 4. A., Zürich 2006 (zit. ZK-STAEHELIN), Art. 329a OR N 3; PraKomm-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 1), Art. 329a OR N 2.

⁹ CR CO I-AUBERT, Art. 329a N 5, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, 2. A., Basel 2012 (zit. CR CO I-AUBERT); CEROTTINI (FN 5), 107; EGLI (FN 3), 135; ferner MARTIN FARNER, Lohnberechnung, Ein kleines liber abaci für Arbeitsrechtler, Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2004, 49 ff., 61.

¹⁰ Dazu unten III.A.

¹¹ Siehe statt vieler Botschaft vom 27. September 1982 zur Volksinitiative «für eine Verlängerung der bezahlten Ferien» und zur Revision der Ferienregelung im Obligationenrecht, BBl 1982 III 201 ff. (zit. Botschaft Ferienregelung), 227 f.; JÜRIG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. A., Basel 2014, Art. 329c OR N 2; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 1), Art. 329a OR N 1; HANS-PETER TSCHUDI, Die Ferien im schweizerischen Arbeitsrecht, Basel 1948, 33 f. und 147.

¹² Vgl. BGer, 4A_183/2012, 11.9.2012, E. 4.4; BGE 128 III 271 E. 4a/aa; AppGer BS, 21.2.1980, E. 1, in: BJM 1980, 302 ff., 304; BRÜHWILER (FN 11), Art. 329a OR N 3; CEROTTINI (FN 5), 71 ff.; EGLI (FN 3), 123 f.; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 1),

Arbeitnehmer ermöglichen, zu reisen, sich intensiver seiner Familie, seinen Hobbys oder anderen Bereichen seines Privatlebens zuzuwenden oder anderweitig über eine längere Zeit hinweg das zu tun, was ihm gefällt.¹³ Um ein Mindestmass an Erholung zu ermöglichen, sieht Art. 329c Abs. 1 OR vor, dass wenigstens zwei Ferienwochen im Dienstjahr zusammenhängen müssen.¹⁴ Der darüber hinaus bestehende Ferienanspruch kann demgegenüber auch tageweise bezogen werden.^{15, 16}

Mit der Gewährung von Ferien wäre dem Arbeitnehmer wenig gedient, müsste er im Gegenzug auf sein Einkommen verzichten, zumal die wenigsten Arbeitnehmer eine entsprechende Einkommenseinbusse ohne Weiteres zu verkraften vermögen.¹⁷ Der Arbeitnehmer soll sich während seiner Ferien ohne Einkommenseinbusse erholen können.¹⁸ Daher hat der Arbeitnehmer gemäss Art. 329d Abs. 1 OR während seiner Ferien Anspruch auf den gesamten Lohn, den er verdient hätte, wenn er in diesem Zeitraum gearbeitet hätte. Der Ferienanspruch ist somit ein Anspruch auf bezahlte Freizeit zwecks Erholung.

Art. 328 N 3; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 1), Art. 329a OR N 3; ZK-STAEHELIN (FN 8), Art. 329a OR N 3; PraKomm-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 1), Art. 328 OR N 20; THEODOR WEBER, Der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers nach schweizerischem Arbeitsrecht, Diss. Freiburg i.Ue. 1940 (zit. WEBER TH.), 41 f.; a.M. etwa HANSULRICH WEBER, Die Ansprüche auf Freizeit und Ferien nach schweizerischem Arbeitsrecht, Diss. Bern 1976 (zit. WEBER H.), 8, der in der Pflicht zur Feriengewährung kein Aspekt der Fürsorgepflicht sieht, sondern die Ferien als Gegenleistung für die erbrachte Arbeitsleistung betrachtet.

¹³ Vgl. CEROTTINI (FN 5), 79; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 1), Art. 329a OR N 1; TSCHUDI (FN 11), 35.

¹⁴ Dem Obergericht des Kantons Bern zufolge ist diesem Erfordernis Genüge getan, wenn der Arbeitnehmer 14 Tage in Folge frei hat, unabhängig davon, ob es sich bei diesen Tagen teilweise um Sonn- oder Feiertage handelt (OGER BE, 19.2.2010, in: JAR 2011, 411). Ob dieses Minimum auch bei einem Eintritt oder Austritt während des laufenden Dienstjahres oder bei einem unterjährigen Arbeitsverhältnis gilt, ist indes fraglich (verneinend EGLI [FN 3], 128).

¹⁵ Statt vieler BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 1), Art. 329c N 6; WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. A., Zürich/St. Gallen 2013, N 510; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 1), Art. 329c OR N 1; anders GEISER/MÜLLER (FN 8), N 502, wonach der tagweise Ferienbezug nicht auf den über jene zwei Wochen hinausgehenden Ferienanspruch beschränkt ist, wenn der Arbeitnehmer vertretbare persönliche Gründe dafür hat.

¹⁶ Ob der Bezug von einzelnen, isolierten Ferientagen oder gar Ferientagen mit dem Erholungszweck im Einklang steht, wird zu Recht von einzelnen Autoren infrage gestellt (z.B. CR CO I-AUBERT [FN 9], Art. 329c N 2; EGLI [FN 3], 125).

¹⁷ Vgl. BGE 58 I 26 E. 1; CEROTTINI (FN 5), 76; TSCHUDI (FN 11), 15; WEBER H. (FN 12), 166; WEBER TH. (FN 12), 42.

¹⁸ Vgl. URS BÄRLOCHER, Der Ferienanspruch nach schweizerischem Arbeitsrecht, Diss. Basel 1971, 125; TSCHUDI (FN 11), 15 und 179; WEBER H. (FN 12), 166.

C. Rechtsnatur des Ferienanspruchs

Nach vorherrschender Auffassung handelt es sich beim Ferienanspruch um einen einheitlichen Anspruch, wobei die Freizeitgewährung im Vordergrund steht.¹⁹ Teils ist von einem einheitlichen Anspruch mit Doppelnatur bzw. auf doppelte Leistung die Rede.²⁰ Nach hier vertretener Ansicht handelt es sich beim Ferienanspruch um einen Doppelanspruch des Arbeitnehmers, bestehend aus dem Anspruch auf Befreiung von der Arbeitspflicht zwecks Ferienbezug sowie dem damit verbundenen Anspruch auf Ferienlohn.²¹ Die beiden Ansprüche, die zusammen den Ferienanspruch als Ganzes bilden, entstehen zeitgleich.²² Die Erfüllung der beiden Ansprüche, das heisst die Gewährung der Ferien und die Zahlung des Ferienlohnes, hat im Prinzip ebenfalls gemeinsam zu erfolgen. Dies geschieht, indem der Arbeitnehmer, der Ferien bezieht, seinen Lohn erhält, wie wenn er in der betreffenden Periode gearbeitet hätte.²³ Nur so kann gewährleistet werden, dass sich für den Arbeitnehmer aufgrund des Ferienbezuges keine Einkommensschwankungen ergeben, die eintreten würden, wenn der Ferienlohn zum Beispiel bereits vorab, zum Zeitpunkt seiner Entstehung, ausgerichtet würde. Insofern kann man den Ferienlohnanspruch als «Anhängsel» des Ferienbezugsanspruchs bezeichnen.²⁴ Gleichwohl handelt es sich beim Ferienlohnanspruch und beim Ferienbezugsanspruch um unterschiedliche Arten von Rechten, die mitunter verschiedene Schicksale erleiden können: So ist der Anspruch des Arbeitnehmers auf Ferienbezug höchstpersönlich und kann daher nicht auf eine andere Person übertragen werden.²⁵ Dies liegt nach hier

¹⁹ Siehe BÄRLOCHER (FN 18), 123; BRÜHWILER (FN 11), Art. 329a OR N 3; CEROTTINI (FN 5), 71; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 1), Art. 329a OR N 3; ZK-STAEHELIN (FN 8), Art. 329a OR N 3; TSCHUDI (FN 11), 147.

²⁰ Siehe BGER, 4A_66/2009, 8.4.2009, E. 2; BezGer Dielsdorf, 27.7.1988, in: JAR 1989, 180 ff., 183; GEISER/MÜLLER (FN 8), N 489; HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, Art. 184–418, 2. A., Zürich 1936 (zit. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER), Art. 341 OR N 7; MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. A., Bern 2002, N 245; PraKomm-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 1), Art. 329a OR N 2 und Art. 329c OR N 4; TSCHUDI (FN 11), 195; VISCHER/MÜLLER (FN 1), § 17 N 13.

²¹ Vgl. WEBER TH. (FN 12), 43 f.

²² WEBER TH. (FN 12), 43. Zur Entstehung des Ferienanspruchs siehe oben II.A.

²³ Vgl. PraKomm-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 1), Art. 329d OR N 7, die zu Recht darauf hinweisen, dass der Ferienlohn zum gleichen Termin hin fällig wird wie der Arbeitslohn.

²⁴ Siehe TSCHUDI (FN 11), 147; WEBER TH. (FN 12), 43.

²⁵ Darüber besteht Einigkeit in der Lehre, soweit sie sich dazu äussert (siehe etwa BÄRLOCHER [FN 18], 124; BRÜHWILER [FN 11], Art. 329a OR N 3; BK-REHBINDER/STÖCKLI [FN 1], Art. 329a OR

vertreter Ansicht im Umstand begründet, dass die mit dem Ferienbezug bezweckte Erholung des Arbeitnehmers untrennbar mit dessen Person verbunden und nur möglich ist, wenn er die Ferien selbst bezieht.²⁶ Demgegenüber ist der Ferienlohnanspruch ein Anspruch auf Lohnzahlung, gleich wie der Anspruch auf den Arbeitslohn als Gegenleistung für die in der jeweiligen Lohnperiode erbrachte Arbeitsleistung und wie der Anspruch auf Lohnfortzahlung bei ausgefallener Arbeitsleistung infolge Verhinderung des Arbeitnehmers nach Art. 324a OR. Er ist wie alle Lohnansprüche ein vermögensrechtlicher Anspruch des Arbeitnehmers;²⁷ ein überzeugender Grund für eine andere rechtsdogmatische Einordnung ist nicht ersichtlich. Dementsprechend ist der Ferienlohnanspruch – im Unterschied zum Ferienbezugsanspruch – vererblich und im gleichen Umfang wie Arbeitslohnforderungen pfändbar, abtretbar und verpfändbar.²⁸ Weiter kann der Ferienlohn unter Umständen unabhängig vom Ferienbezugszeitpunkt zusammen mit den periodischen Lohnzahlungen ausbezahlt werden, womit er zu einem anderen Zeitpunkt erfüllt wird als der Ferienbezugsanspruch.²⁹ Auch besteht der Ferienlohnanspruch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses fort, während der Ferienbezugsanspruch am Ende des Arbeitsverhältnisses infolge Unmöglichkeit untergeht.³⁰ Würde man den Ferienanspruch als einen einheitlichen Anspruch betrachten, müsste man sich rechtsdogmatischer Hilfskonstrukte bedienen, um zum Beispiel den An-

spruch auf Auszahlung der bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses nicht bezogenen Ferien begründen zu können, beispielsweise indem man den Abgeltungsanspruch als Surrogat qualifiziert.³¹

D. Verjährung des Ferienanspruchs

Ferienansprüche unterliegen zwingend der Verjährung; eine gegenteilige vertragliche Vereinbarung, wonach Ferienansprüche verwirken, wenn der Arbeitnehmer sie nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt bezieht, ist unwirksam³² und der Arbeitsvertrag insofern nach Art. 20 Abs. 2 OR teilnichtig. Die herrschende Lehre und die Rechtsprechung gehen davon aus, dass der Ferienanspruch gesamthaft – das heisst sowohl der Ferienbezugsanspruch wie auch der Ferienlohnanspruch – innert fünf Jahren nach Art. 128 Ziff. 3 OR verjährt.³³ Die Verjährungsfrist beginnt mit der Fälligkeit des jährlichen Ferienanspruchs zu laufen.³⁴ Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung tritt die Fälligkeit zum Zeitpunkt ein, an dem die Ferien aufgrund der Anordnung der Arbeitgeberin oder aufgrund einer Vereinbarung festgesetzt wurden oder – mangels einer derartigen Anordnung oder Vereinbarung – am letztmöglichen Tag, an dem der verbleibende Ferienanspruch des betreffenden Dienstjahres innerhalb

N 3; PraKomm-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH [FN 1], Art. 329d OR N 15; RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, *Droit du travail*, 3. A., Bern 2014, 386.

²⁶ Vgl. EUGEN BUCHER/REGINA AEBI-MÜLLER, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Rechts- und Handlungsfähigkeit*, Art. 11–19d ZGB, 2. A., Bern 2017, Art. 19–19c ZGB N 245.

²⁷ Zutreffend geht ein Teil der Lehre davon aus, dass der Ferienlohnanspruch nicht höchstpersönlich ist (so namentlich BÄRLOCHER [FN 18], 125; ZK-STAEHELIN [FN 8], Art. 329d OR N 11; PraKomm-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH [FN 1], Art. 329d OR N 15; zudem offenbar auch ZK-OSER/SCHÖNENBERGER [FN 20], Art. 341 OR N 7; VISCHER/MÜLLER [FN 1], § 17 N 36).

²⁸ Gleicher Meinung ZK-STAEHELIN (FN 8), Art. 329d OR N 11. Gleicher Meinung bezüglich Abtretbarkeit, Verpfändbarkeit und Pfändbarkeit: BÄRLOCHER (FN 18), 125 und 128 (jedoch die Vererblichkeit ablehnend, soweit der verstorbene Arbeitnehmer die Ferien nicht bezogen hat). Gleicher Meinung bezüglich der Vererblichkeit: GEISER/MÜLLER (FN 8), N 489; PraKomm-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 1), Art. 329d OR N 15; TSCHUDI (FN 11), 204; VISCHER/MÜLLER (FN 1), § 17 N 36; WEBER H. (FN 12), 153; WYLER/HEINZER (FN 25), 386. Anderer Meinung offenbar BRÜHWILER (FN 11), Art. 329a OR N 3; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 1), Art. 329d N 11; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 1), Art. 329a OR N 3.

²⁹ Dazu unten III.A.

³⁰ Vgl. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER (FN 20), Art. 341 OR N 7; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 1), Art. 329d OR N 16; WEBER TH. (FN 12), 44; siehe dazu unten III.A.

³¹ Siehe BÄRLOCHER (FN 18), 142 f.; WYLER/HEINZER (FN 25), 409.

³² Statt vieler AGER Zürich, AN070417, 18.1.2010, Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2010, Nr. 9; EGLI (FN 3), 133; GEISER/MÜLLER (FN 8), Fn 743; PraKomm-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 1), Art. 329c OR N 4, m.w.Verw.; vgl. zudem AGER Zürich, 19.9.1991, in: JAR 1993, 168 f.

³³ BGE 136 III 94 E. 4.1, bestätigt in den Urteilen BGER, 4A_44/2010, 1.4.2010, E. 3.3.2, und BGER, 4A_419/2011, 23.11.2011, E. 4.2.2; zudem etwa AGER Zürich, 26.3.1979, in: ZR 1981, 204 ff.; PETER BOHNY, Unterliegt der Ferienanspruch einer Verwirkungsfrist?, SJZ 1983, 174 ff., 176; BRÜHWILER (FN 11), Art. 329c OR N 1; BSK OR I-DÄPPEN (FN 1), Art. 128 N 13a; EGLI (FN 3), 132; REHBINDER (FN 20), N 245; ZK-STAEHELIN (FN 8), Art. 329c OR N 6; TSCHUDI (FN 11), 193. Nach anderer Lehrmeinung soll der Ferienanspruch erst nach zehn Jahren gemäss Art. 127 OR verjähren, weil sich Art. 128 Ziff. 3 OR nur auf Lohnforderungen beziehe (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH [FN 1], Art. 329c N 4; PORTMANN/STÖCKLI [FN 15], N 645; BK-REHBINDER/STÖCKLI [FN 1], Art. 329c OR N 13; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der Arbeitsvertrag*, Art. 331–355 und Art. 361–362 OR, Bern 2014, Art. 341 OR N 30).

³⁴ Art. 130 Abs. 1 OR. Eine Ausnahme gilt für den Fall von Art. 134 Abs. 1 Ziff. 4 OR.

jenen Jahres noch bezogen werden kann.^{35,36} Das Obergericht des Kantons Zürich hat präzisierend angefügt, dass wenn im Arbeitsvertrag oder in einem Personalreglement vorgesehen ist, dass die Ferien eines Jahres bis zu einem bestimmten Zeitpunkt des Folgejahres zu beziehen sind (in casu bis Ende März), die Fälligkeit des verbleibenden Ferienanspruchs eines Jahres am letztmöglichen Tag eintritt, an dem der Ferienanspruch bis zu jenem Zeitpunkt im Folgejahr noch vollständig bezogen werden kann.³⁷ Zu beachten ist ausserdem hinsichtlich der Fälligkeit, dass sie für den Ferienlohnanspruch in der Regel nicht zeitgleich eintritt wie für den Ferienbezugsanspruch, da der Ferienlohn normalerweise nicht gleichzeitig mit dem Ferienbezug bezahlt wird, sondern zusammen mit dem Arbeitslohn des betreffenden Monats oder unter Umständen fortlaufend mit jedem Monatslohn.³⁸

Akkumuliert ein Arbeitnehmer über Jahre hinweg Ferien, stellt sich beim Ferienbezug die Frage, welches Ferienguthaben bezogen wird: dasjenige des laufenden Dienstjahres oder ein Ferienguthaben der vorangegangenen Dienstjahre? Diesbezüglich wenden Lehre und Rechtsprechung gestützt auf Art. 86 und Art. 87 Abs. 1 OR die Regel an, dass ohne anderslautende Erklärung vermutungsweise das älteste Ferienguthaben bezogen wird.³⁹ Will die Arbeitgeberin die Verjährung eintreten

lassen, so muss sie gegenüber dem Arbeitnehmer jeweils erklären, dass das jüngste Ferienguthaben bezogen wird, oder eine entsprechende Regelung vorsehen.⁴⁰

Überträgt die Arbeitgeberin den Ferienanspruch des Arbeitnehmers ausdrücklich auf das folgende Dienstjahr, so stellt dies eine Anerkennungshandlung dar, die nach Art. 135 Ziff. 1 OR eine Unterbrechung der Verjährung bewirkt; zudem ist eine Novation möglich, wenn die Arbeitgeberin zum Jahresende hin oder in den monatlichen Lohnabrechnungen den Gesamtferienanspruch ausweist.⁴¹ Denkbar ist auch, dass eine schriftliche und unterzeichnete Anerkennung der dem Arbeitnehmer zustehenden, bereits fällig gewordenen Anzahl Ferientage durch die Arbeitgeberin aufgrund von Art. 137 Abs. 2 OR zu einer zehnjährigen Verjährungsfrist führt.⁴²

III. Ist eine Abgeltung angesammelter Ferienguthaben zulässig?

A. Grundsatz des Abgeltungsverbots als Ausgangslage

Der Wortlaut von Art. 329d Abs. 2 OR besagt, dass Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden dürfen. Dieser Gesetzeswortlaut ist insoweit eindeutig, als er eine Abgeltung von Ferien verbietet, solange das Arbeitsverhältnis andauert. Die französische und die italienische Fassung von Art. 329d Abs. 2 OR sind insoweit ebenfalls eindeutig. Hinzu kommt, dass Art. 329d Abs. 2 OR gemäss Art. 361 Abs. 1 OR absolut zwingend und demnach der Disposition der Arbeitsvertragsparteien entzogen ist; anderslautende Abreden sind nach Art. 361 Abs. 2 OR nichtig. Auch erlaubt es Art. 341 Abs. 1 OR nicht, dass der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung auf Forderungen verzichtet, die sich aus Vorschriften ergeben, von denen nicht zuungunsten des Arbeitnehmers

³⁵ BGE 136 III 94 E. 4.1, bestätigt in BGer, 4A_44/2010, 1.4.2010, E. 3.3.2; Tribunale d'appello del cantone del Ticino, 25.5.1998, in: JAR 1999, 210; CR CO I-AUBERT (FN 9), Art. 329c N 7; BRÜHWILER (FN 11), Art. 329c OR N 1; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 1), Art. 329c N 4; PORTMANN/STÖCKLI (FN 15), N 646; PraKomm-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 1), Art. 329c OR N 4; WYLER/HEINZER (FN 25), 408.

³⁶ Ein Teil der Lehre vertritt hingegen den restriktiveren Standpunkt, dass der Ferienanspruch erst zum Zeitpunkt fällig wird, an dem der Ferienbezug durch die Arbeitgeberin festgelegt wurde, was zur Folge hat, dass nicht angeordnete Ferien nicht verjähren können (siehe EGLI [FN 3], 132; BK-REHBINDER/STÖCKLI [FN 1], Art. 329c OR N 3). Diesen Standpunkt vertrat auch das Arbeitsgericht Zürich in seiner früheren Rechtsprechung (siehe etwa AGER Zürich, AN080178, 17.12.2010, Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2010, Nr. 2; AGER Zürich, AN000851, 5.6.2001, Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2001, Nr. 9; anders nunmehr OGER ZH, LA100009, 2.3.2011, Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2010, Nr. 9).

³⁷ OGER ZH, LA100009, 2.3.2011, Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2010, Nr. 9.

³⁸ Vgl. WEBER H. (FN 12), 213 f.

³⁹ Siehe AGER Zürich, AN080178, 17.12.2010, Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2010, Nr. 2; OGER ZH, 18.4.2005, E. 3.4, in: ZR 2006, Nr. 6; CR CO I-AUBERT (FN 9), Art. 329c N 7; EGLI (FN 3), 132 f. (in analoger Anwendung von Art. 86 Abs. 1 OR und Art. 87 OR); PraKomm-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 1), Art. 329c OR N 4; WYLER/HEINZER (FN 25), 408 f.; zudem, ohne Bezugnahme auf Art. 86 OR und Art. 87 OR, GEISER/MÜLLER (FN 8), N 511b.

⁴⁰ Ebenso GEISER/MÜLLER (FN 8), Fn 744.

⁴¹ Vgl. OGER ZH, 18.4.2005, E. 3.4, in: ZR 2006, Nr. 6; OGER ZG, 17.11.1981, in: JAR 1983, 145 ff.; PraKomm-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 1), Art. 329c OR N 5; ferner BRÜHWILER (FN 11), Art. 329c OR N 1, und BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 1), Art. 329c N 4, die auch bei einer blossen ausdrücklichen Übertragung des Ferienguthabens auf das Folgejahr von einer Novation ausgehen.

⁴² Zu den Anforderungen einer derartigen Anerkennung siehe etwa STEPHEN V. BERTI, Zürcher Kommentar, Art. 127–142 OR, Das Erlöschen der Obligationen, 3. A., Zürich 2002, Art. 137 OR N 8–18; BSK OR I-DÄPPEN (FN 1), Art. 137 N 3 und 5; vgl. BGE 61 II 334 E. 3.

abgewichen werden darf. Zu jenen Vorschriften gehört zum einen wie erwähnt das Ferienabgeltungsverbot, zum anderen aber auch der Mindestferienanspruch von vier⁴³ Wochen pro Dienstjahr nach Art. 329a OR sowie der in Art. 329c Abs. 1 OR festgelegte Grundsatz, wonach die Ferien in der Regel im Verlauf des betreffenden Dienstjahres zu gewähren sind.⁴⁴ Aus dem Wortlaut von Art. 329d Abs. 2 OR in Verbindung mit den weiteren vorgenannten Gesetzesbestimmungen folgt, dass erworbene Ferienguthaben nicht durch Geldleistungen oder in anderer Form abgegolten werden dürfen, sondern zwingend tatsächlich bezogen werden müssen. Von diesem Rechtsverständnis gehen die Lehre⁴⁵ und die Rechtsprechung⁴⁶ aus, und auch in der Botschaft vom 27. September 1982 zur Revision der Ferienregelung⁴⁷ wird explizit festgehalten, dass Ferien prinzipiell tatsächlich zu beziehen sind. Weiter lässt es der Wortlaut der vorgenannten Rechtsnormen nicht zu, dass der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie während eines Monats nach dessen Beendigung rechtsgültig auf seinen gesetzlichen Mindestanspruch von vier Wochen Ferien pro Jahr verzichtet, der bekanntlich sowohl den Ferienlohnanspruch als auch den Ferienbezugsanspruch umfasst.

Vom Grundsatz des Ferienabgeltungsverbots bestehen im Schweizer Arbeitsrecht indes Ausnahmen: So ist es unbestrittenermassen zulässig, das am Ende des Arbeitsverhältnisses verbleibende Ferienguthaben des Arbeitnehmers auszuzahlen, wenn der Ferienbezug in der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbleibenden Zeit unzumutbar oder gar unmöglich ist.^{48,49} Diese Ausnahme hatte der Gesetzgeber von Anfang an berücksich-

tigt, als er das Abgeltungsverbot im OR einfügte, ohne sie jedoch ausdrücklich im Gesetzeswortlaut zu erwähnen.⁵⁰ Die Unzumutbarkeit kann sich einerseits aus dem Umstand ergeben, dass der Arbeitnehmer jene Zeit für die Stellensuche benötigt.⁵¹ Bei der Beurteilung im Einzelfall sind die Dauer der Kündigungsfrist, die Arbeitsmarktlage, das Ferienguthaben und die persönlichen Voraussetzungen des Arbeitnehmers (z.B. Alter oder berufliche Fähigkeiten) zu berücksichtigen.⁵² Auch kann die Anordnung von Ferien während der Kündigungsfrist für den Arbeitnehmer unzumutbar sein, weil sie zu kurzfristig erfolgt.⁵³ Andererseits ist es denkbar, dass sich die Unzumutbarkeit daraus ergibt, dass die Arbeitgeberin für die Restdauer des Arbeitsverhältnisses aus betrieblichen Gründen nicht auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers verzichten kann (zum Beispiel um das anfallende Arbeitsaufkommen zu bewältigen oder um den Nachfolger einzuarbeiten).⁵⁴ Mit der Auszahlung der nicht bezogenen Ferien wird die am Ende des Arbeitsverhältnisses noch bestehende Ferienlohnforderung erfüllt, während der Ferienbezugsanspruch aufgrund eintretender Unmöglichkeit untergeht.⁵⁵ Nebst dieser im Beendigungsfall geltenden Ausnahme besteht bei gewissen Arbeitsverhältnissen die Möglichkeit, den Ferienanspruch bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis ausnahmsweise durch Geldzahlung abzugelten: So wird es als zulässig erachtet, bei nur kurze Zeit dauernden Arbeitsverhältnissen auf einen Ferienbezug in natura zu verzichten und die Ferien auszuzahlen.⁵⁶ Erwähnt sei auch die Regelung von Art. 39 Abs. 3 der Seeschiffahrtsverordnung⁵⁷, wonach der Ferienanspruch des Seemanns ausnahmsweise durch Zahlung abgegolten werden darf, wenn erstens ausserordentliche Umstände vorliegen, zweitens der Seemann einwilligt und er drittens weiterhin im Dienste des Reeders verbleibt.

⁴³ Respektive fünf Wochen bis zum vollendeten 20. Altersjahr des Arbeitnehmers.

⁴⁴ Art. 362 Abs. 1 OR.

⁴⁵ Siehe etwa BRÜHWILER (FN 11), Art. 329d OR N 4; CEROTTINI (FN 5), 175; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 1), Art. 329d OR N 14; EDWIN SCHWEINGRUBER, Kommentar zum Arbeitsvertrag, 5. A., Bern 1974, 182.

⁴⁶ Siehe statt vieler BGer, 4A_183/2012, 11.9.2012, E. 4.4; BGE 128 III 271 E. 4a/aa; 101 II 283 E. 5a; AGer Zürich, 5.10.1988, in: JAR 1990, 208 ff., 210; zudem BGE 136 III 94 E. 4.1, wonach ein Abgeltungsanspruch für nicht bezogene Ferien grundsätzlich nur am Ende des Arbeitsverhältnisses entstehen kann.

⁴⁷ Botschaft Ferienregelung (FN 11), 233 f.

⁴⁸ Anstelle vieler BGer, 4A_56/2016, 30.6.2016, E. 4.1.1; 4A_183/2012, 11.9.2012, E. 4.4; BGE 128 III 271 E. 4a/aa; 106 II 152 E. 2; BRÜHWILER (FN 11), Art. 329c OR N 5; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 1), Art. 329d OR N 16; TSCHUDI (FN 11), 191–198.

⁴⁹ Explizit geregelt ist die Auszahlung des am Ende des Dienstverhältnisses bestehenden Ferienanspruchs für den Heuervertrag in Art. 40 Abs. 1 Seeschiffahrtsverordnung (FN 57). Auch sieht Art. 22 ArG die Möglichkeit vor, nicht in natura bezogene Ruhezeiten am Ende des Arbeitsverhältnisses durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen zu kompensieren.

⁵⁰ Siehe Botschaft vom 30. September 1960 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz), BBl 1960 II 909 ff. (zit. Botschaft Arbeitsgesetz), 1020; bekräftigt in Botschaft Ferienregelung (FN 11), 234.

⁵¹ Anstelle vieler BGer, 4A_183/2012, 11.9.2012, E. 4.4; BGE 128 III 271 E. 4a/aa; BRÜHWILER (FN 11), Art. 329c OR N 5; EGLI (FN 3), 159 und 161.

⁵² BGer, 4A_183/2012, 11.9.2012, E. 4.4.

⁵³ Vgl. BRÜHWILER (FN 11), Art. 329c OR N 5; EGLI (FN 3), 159–161; PraKomm-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 1), Art. 329c OR N 11; WEBER H. (FN 12), 203.

⁵⁴ Vgl. Botschaft Ferienregelung (FN 11), 234; BRÜHWILER (FN 11), Art. 329c OR N 5; EGLI (FN 3), 156 f.; TSCHUDI (FN 11), 192; WEBER H. (FN 12), 203.

⁵⁵ In diesem Sinne auch ZK-OSER/SCHÖNENBERGER (FN 20), Art. 341 OR N 7; TSCHUDI (FN 11), 195 f.

⁵⁶ AGer Zürich, 18.3.1987, in: JAR 1988, 105 ff., 109; GEISER/MÜLLER (FN 8), N 506; VISCHER/MÜLLER (FN 1), § 17 N 32.

⁵⁷ Seeschiffahrtsverordnung vom 20. November 1956 (SR 747.301).

Demgegenüber hat der Einschluss des Ferienlohnes in die periodischen Lohnzahlungen bei unregelmässiger Teilzeitarbeit⁵⁸ nichts mit einer Abgeltung der Ferien durch Geldleistung zu tun. Damit wird lediglich der Ferienlohnanspruch des Arbeitnehmers getrennt vom Ferienbezugsanspruch erfüllt. Der Arbeitnehmer hat weiterhin Anspruch auf den Bezug seiner Ferienzeit, der ihm in Form einer zum Voraus planbaren arbeitsfreien Zeit zu gewähren ist.⁵⁹

B. Tragweite des Abgeltungsverbots während des laufenden Arbeitsverhältnisses

Die hiervor erwähnten Ausnahmen belegen nur, dass das Abgeltungsverbot im Schweizer Arbeitsrecht nicht absolut gilt und dass in bestimmten, eng umgrenzten Fällen auch während des laufenden Arbeitsverhältnisses eine Abgeltung der Ferien zulässig ist. Jedoch folgt daraus nicht, dass eine Auszahlung akkumulierter Ferienguthaben während des laufenden Arbeitsverhältnisses ausserhalb solcher Ausnahmekonstellationen zulässig ist. Im Gegenteil: Die Lehre zieht den Schluss, dass eine Vereinbarung, wonach die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer sein Ferienguthaben auszahlt, nichtig ist und der Arbeitnehmer infolgedessen jene Ferien am Ende des Arbeitsverhältnisses nachfordern kann, sofern der Ferienanspruch bis dahin nicht verjährt ist.⁶⁰ Umstritten ist aber, ob das Abgeltungsverbot von Art. 329d Abs. 2 OR nur für den gesetzlichen Mindestferienanspruch gilt oder auch für einen darüber hinausgehenden, vertraglich vereinbarten Ferienanspruch. HANS-PETER EGLI sowie JÜRGEN BRÜHWILER sind der Ansicht, dass das zwingende Abgeltungsverbot auf den gesetzlichen Mindestferienanspruch beschränkt ist, während für den überobligatorischen Ferienanspruch eine ab-

weichende Vereinbarung zulässig ist.⁶¹ PETER BOHNY geht offenbar davon aus, dass ein Verzicht des Arbeitnehmers auf den Bezug des überobligatorischen Ferienanspruchs möglich ist.⁶² Demgegenüber sind ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH der Meinung, dass das Gesetz wohl von einem einheitlichen Ferienbegriff ausgeht und nicht zwischen einem obligatorischen und einem überobligatorischen Ferienanspruch unterscheidet, woraus zu schliessen wäre, dass das Abgeltungsverbot auch für den überobligatorischen Ferienanspruch gilt.⁶³ Auch ERIC CEROTTINI ist der Ansicht, dass das Abgeltungsverbot nicht bloss den gesetzlichen Mindestferienanspruch, sondern den gesamten Ferienanspruch umfasst.⁶⁴ HANS-ULRICH WEBER vertritt ebenfalls den Standpunkt, dass das Abgeltungsverbot auch für einen überobligatorischen Ferienanspruch gilt, hält es jedoch für zulässig, im Arbeitsvertrag die Möglichkeit einer geldwerten Abgeltung des überobligatorischen Ferienanteils zu vereinbaren, da für den Arbeitnehmer ein solcher Mehranspruch günstiger sei als der gesetzliche Mindestanspruch.⁶⁵ In der Tat ist nicht ohne Weiteres klar, ob Art. 329d Abs. 2 OR mit «Ferien» sämtliche Ferien oder nur den obligatorischen Ferienanspruch meint, auch wenn die übrigen OR-Bestimmungen zum Ferienanspruch nicht ausdrücklich zwischen einem obligatorischen und einem überobligatorischen Ferienanspruch unterscheiden. Da der Gesetzeswortlaut diesbezüglich nicht gänzlich klar ist und sich die Rechtsanwendung ohnehin nicht in der Analyse des Gesetzeswortlautes erschöpft, sondern auch die übrigen Auslegungselemente zu berücksichtigen sind, ist unter Einbezug der Auslegungselemente (das heisst nebst dem Wortlaut namentlich Zweck, Entstehungsgeschichte und Systematik) nach der wahren Tragweite der betreffenden Gesetzesnorm zu suchen.⁶⁶

Ein Blick in die Gesetzesmaterialien – vor allem in die Botschaften – als Quellen des historischen Auslegungselements⁶⁷ zeigt, dass der Gesetzgeber mit der Einführung eines unabdingbaren Mindestferienanspruchs im Arbeits-

⁵⁸ Dazu statt vieler BGer, 4A_561/2017, 19.3.2018, E. 3.1; BGE 129 III 493; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 1), Art. 329d N 3, m.w.Verw.

⁵⁹ Vgl. BGer, 15.6.1989, E. 2a, in: JAR 1991, 189 f.; BezGer Dielsdorf, 27.7.1988, in: JAR 1989, 180 ff.; EGLI (FN 3), 153 f.; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 1), Art. 329d OR N 15; PraKomm-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 1), Art. 329d OR N 9; WYLER/HEINZER (FN 25), 405.

⁶⁰ Siehe BÄRLOCHER (FN 18), 121 f.; EGLI (FN 3), 150; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 1), Art. 329d OR N 14; zudem BRÜHWILER (FN 11), Art. 329d OR N 4. Anderer Meinung CEROTTINI (FN 5), 176–177 und 207–209, der zwar ebenfalls von der Nichtigkeit einer solchen Vereinbarung ausgeht, aber den Standpunkt vertritt, dass der betreffende Arbeitnehmer am Ende des Arbeitsverhältnisses finanziell nicht bessergestellt werden sollte als derjenige, der bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses nicht alle Ferientage bezogen hat und sich diese auszahlen lässt.

⁶¹ BRÜHWILER (FN 11), Art. 329d OR N 4; EGLI (FN 3); 151.

⁶² BOHNY (FN 33), 176.

⁶³ PraKomm-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 1), Art. 329a OR N 2.

⁶⁴ CEROTTINI (FN 5), 175.

⁶⁵ WEBER H. (FN 12), 165.

⁶⁶ Vgl. etwa BGE 142 V 368 E. 5.1; SUSAN EMMENEGGER/AXEL TSCHENTSCHER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER), Art. 1 ZGB N 133 f.

⁶⁷ Vgl. BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER (FN 66), Art. 1 ZGB N 312 f.; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 1 N 9, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2014.

vertragsrecht beabsichtigte, auf Bundesebene einen einheitlichen, dem Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer dienenden Mindestferienanspruch zu statuieren.⁶⁸ Der gesetzliche Ferienanspruch ergänzt die Ruhezeitvorschriften des Arbeitsgesetzes auf einer höheren, nämlich jährlichen Zeitebene.⁶⁹ Auch geht aus den Gesetzesmaterialien hervor, dass der Gesetzgeber mit dem Abgeltungsverbot von Art. 329d Abs. 2 OR eine analoge Regelung zu Art. 22 ArG⁷⁰ schaffen wollte, wonach gesetzlich vorgeschriebene Ruhezeiten nicht durch Geldzahlungen abgegolten werden dürfen, sondern tatsächlich bezogen werden müssen.⁷¹ Jene Bestimmung des Arbeitsgesetzes geht wiederum auf Art. 14 Abs. 1 des Ruhezeitgesetzes⁷² zurück.⁷³ Bereits in der Botschaft zum Ruhezeitgesetz wurde die Abfindung von Ruhezeit durch Geld während der Dauer des Arbeitsverhältnisses als grundsätzlich unstatthaft betrachtet, jedoch ohne nähere Begründung.⁷⁴ Die Übernahme dieses Grundsatzes in das Arbeitsgesetz und in die neu geschaffene Ferienregelung des OR gab soweit ersichtlich keinen Anlass zu Diskussionen in den parlamentarischen Beratungen zur Einführung des Arbeitsgesetzes; letztere drehten sich hauptsächlich um die Feriendauer sowie die wöchentliche Höchstarbeitszeit.⁷⁵ Vielmehr zogen es gewisse Parlamentarier sogar in Betracht, den obligatorischen Ferienanspruch mit einer Strafanordnung gegenüber der Arbeitgeberin zu verbinden.⁷⁶ Dass das Ferienabgeltungsverbot wie auch der Mindestferienanspruch im Unterschied zu den Ruhezeitbestimmungen nicht als öffentlich-rechtliche Regelung im Arbeitsgesetz Eingang fanden, sondern mit Art. 64 ArG⁷⁷ als unabdingbare zivilrechtliche Bestimmungen ins OR eingefügt wurden,⁷⁸ war unter anderem auf den Umstand zurückzuführen, dass das Arbeitsgesetz gewisse Kategorien von Arbeitnehmern

nicht erfasst, denen aber gleichwohl ein Mindestanspruch auf Ferien zukommen soll.⁷⁹ Auch liess sich der Gesetzgeber von der Überlegung leiten, dass der Ferienanspruch zusammen mit dem damit verbundenen Anspruch auf Ferienlohn auf dem Zivilweg durchzusetzen sei, was ebenfalls für eine zivilrechtliche Ferienregelung sprach.⁸⁰ Ferner wollte man auf eine öffentlich-rechtliche Vollzugskontrolle verzichten, was ein weiteres Argument für eine Integrierung in das OR war.⁸¹

Man kann aufgrund der in den Gesetzesmaterialien widerspiegelten Entstehungsgeschichte und Regelungsabsicht des Gesetzgebers festhalten, dass Art. 329d Abs. 2 OR das Pendant zu Art. 22 ArG bildet.⁸² Obschon vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich erwähnt, ist offenkundig, dass die Abgeltungsverbote bezwecken, den Bezug der Ferien wie auch der Ruhezeiten in natura zu gewährleisten, weil der Ferienanspruch sowie der Anspruch auf Ruhezeiten ohne tatsächlichen Ferien- bzw. Ruhezeitenbezug ihren Zweck verfehlen würden, der wie erwähnt vor allem in der Erholung des Arbeitnehmers und damit einhergehend im Schutz dessen Gesundheit liegt. Davon gehen auch die Lehre und die Rechtsprechung aus.⁸³ Diese historische und teleologische Betrachtung führt mit anderen Worten zur Schlussfolgerung, dass das Abgeltungsverbot von Art. 329d Abs. 2 OR analog demjenigen von Art. 22 ArG dem Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers dient,⁸⁴ der durch die mit dem Ferienbezug beabsichtigte Erholung des Arbeitnehmers erreicht werden soll. Auch kann die Schlussfolgerung gezogen werden, dass das Abgeltungsverbot nicht bloss im persönlichen Interesse des Arbeitnehmers liegt, sondern aufgrund des damit letzten Endes bezweckten Gesundheitsschutzes auch im öffentlichen Interesse besteht.⁸⁵ Demnach ist das

⁶⁸ Vgl. Botschaft Arbeitsgesetz (FN 50), 1012–1019.

⁶⁹ Vgl. Botschaft Arbeitsgesetz (FN 50), 974; ROLAND A. MÜLLER, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Stämpfli Handkommentar, Bern 2005 (zit. SHK ArG-Verfasser), Art. 15 N 1.

⁷⁰ Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11).

⁷¹ Botschaft Arbeitsgesetz (FN 50), 1020.

⁷² Bundesgesetz vom 26. September 1931 über die wöchentliche Ruhezeit (ausser Kraft).

⁷³ Botschaft Arbeitsgesetz (FN 50), 978.

⁷⁴ Botschaft vom 27. Mai 1930 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die wöchentliche Ruhezeit, BBl 1930 I 499 ff., 524.

⁷⁵ Siehe bezüglich Ferien vor allem AB 1962 II N 357–394 und AB 1963 I S 59–68; bezüglich Höchstarbeitszeit vgl. MAX HOLZER, Werdegang und Aufbau des Arbeitsgesetzes, in: Eduard Naegeli (Hrsg.), Einführung in das Arbeitsgesetz, Bern 1966, 17 ff., 22–24.

⁷⁶ Siehe AB 1962 II N 366–367.

⁷⁷ In dessen ursprünglichen Fassung.

⁷⁸ Damals noch als Art. 341^{bis} OR.

⁷⁹ Botschaft Arbeitsgesetz (FN 50), 1017–1019.

⁸⁰ Botschaft Arbeitsgesetz (FN 50), 1019.

⁸¹ Botschaft Arbeitsgesetz (FN 50), 1017–1019.

⁸² So zutreffend BGE 101 II 283 E. 5a; KUKO ArG-GROSS/FRUNZ, Art. 22 N 4, in: Alfred Blesi/Thomas Pietruszak/Isabelle Wildhaber (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Kurzkomentar, Basel 2018.

⁸³ Vgl. bezüglich Art. 329d Abs. 2 OR: BGer, 4A_56/2016, 30.6.2016, E. 4.1.1.; CEROTTINI (FN 5), 174; PORTMANN/STÖCKLI (FN 15), N 517; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 1), Art. 329d OR N 14. Vgl. betreffend Art. 22 ArG: SECO, Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, Bern 2016, 022–1; KUKO ArG-GROSS/FRUNZ (FN 82), Art. 22 N 1 und 5; WALTER E. HINDERMANN, Leitfaden zum Arbeitsgesetz, Zürich 1966, 85; SHK ArG-PORTMANN/PETROVIC (FN 69), Art. 22 N 3.

⁸⁴ Ebenso BGE 101 II 283 E. 5a; vgl. AppGer BS, 21.2.1980, E. 1, in: BJM 1980, 302 ff., 304; ERNST WÜTHRICH, Die Ferien- und Feiertagsregelung, in: Eduard Naegeli (Hrsg.), Einführung in das Arbeitsgesetz, Bern 1966, 149 ff., 156 (das Ferienabgeltungsverbot bringe den Gesundheitsschutzcharakter der Ferien zum Ausdruck).

⁸⁵ Vgl. AppGer BS, 21.2.1980, E. 1, in: BJM 1980, 302 ff., 304.

Ferienabgeltungsverbot jedenfalls in Bezug auf den gesetzlichen Mindestferienanspruch zwingend.

Demgegenüber gilt das Abgeltungsverbot von Art. 329d Abs. 2 OR nach hier vertretener Auffassung nicht zwingend auch für den im Individualarbeitsvertrag vereinbarten überobligatorischen Ferienanspruch. Der gesetzliche Ferienanspruch stellt wie die Ruhezeitvorschriften im Arbeitsgesetz eine Minimalvorschrift dar, die dem Arbeitnehmer ein Minimum an Erholung zu verschaffen bezweckt. Über dieses zwingend einzuhaltende Minimum hinaus überlässt es der Gesetzgeber den Arbeitsvertragsparteien, für den Arbeitnehmer grosszügigere Regelungen zu vereinbaren. Ein solcher überobligatorischer Ferienanspruch bildet eine von der Arbeitgeberin gewährte zusätzliche Annehmlichkeit für den Arbeitnehmer, die in der Regel nicht bloss eine bessere Erholung des Arbeitnehmers bezweckt, sondern vor allem auch der attraktiveren Gestaltung der Arbeitsbedingungen dient und Entgeltcharakter hat. Genauso gut könnten im Arbeitsvertrag statt zusätzlicher Ferien andere Nebenleistungen oder ein höherer Lohn vereinbart werden. Aus der Gestaltungsfreiheit der Individualarbeitsvertragsparteien hinsichtlich der über die gesetzlichen Minimalbestimmungen hinausgehenden Ansprüche des Arbeitnehmers folgt, dass es zulässig ist, zu vereinbaren, dass ein nicht bezogener überobligatorischer Ferienanspruch durch eine Geldzahlung oder eine andere äquivalente Leistung kompensiert wird.

C. Schlussfolgerungen

1. Abgeltungsverbot für den obligatorischen Ferienanspruch

Eine Abgeltung des Ferienanspruchs durch eine Geldzahlung oder eine andere Leistung ist wie oben⁸⁶ festgestellt in Bezug auf den gesetzlichen Mindestferienanspruch während des laufenden Arbeitsverhältnisses ausgeschlossen. Gegenteilige Vereinbarungen sind nichtig und die Arbeitgeberin riskiert folglich eine Doppelzahlung des Ferienguthabens des Arbeitnehmers: ein erstes Mal im Rahmen der ungültigen Auszahlungsvereinbarung und ein weiteres Mal aufgrund der Nachforderung des Arbeitnehmers am Ende des Arbeitsverhältnisses, sofern die Verjährung noch nicht eingetreten ist.⁸⁷ Zutreffend

⁸⁶ Siehe oben III.B.

⁸⁷ Vgl. AGER Zürich, AN080178, 17.12.2010, Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2010, Nr. 2; AGER Zürich, 5.10.1988, in: JAR 1990, 208 ff., 210; AppGer BS, 21.2.1980, E. 1, in: BJM 1980, 302 ff., 304; EGLI (FN 3), 150; KUKO ArG-GROSS/FRUNZ (FN 82), Art. 22 N 16; SHK ArG-PORTMANN/PETROVIC (FN 69), Art. 22 N 8; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 1), Art. 329d

weisen Lehre⁸⁸ und Rechtsprechung⁸⁹ darauf hin, dass die Arbeitgeberin keinen Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung für die unrechtmässig bezahlte Ferienabgeltung hat, weil die Konditionssperre des Art. 66 OR greift. Die Voraussetzung, dass die Arbeitgeberin wusste oder zumindest hätte wissen müssen, dass der angestrebte Verzicht auf den tatsächlichen Bezug der Ferien rechtswidrig ist,⁹⁰ wird in aller Regel erfüllt sein. Der Umstand, dass der Arbeitnehmer damit finanziell bessergestellt werden kann, als wenn er keine Abgeltungsvereinbarung getroffen hätte und sich stattdessen die nicht bezogenen Ferien erst am Ende des Arbeitsverhältnisses hätte auszahlen lassen, steht dem nicht entgegen.⁹¹ Andernfalls würde das Abgeltungsverbot weitgehend seiner Wirksamkeit beraubt, da Arbeitnehmer erfahrungsgemäss davor zurückschrecken, gegenüber der Arbeitgeberin Ansprüche auf dem Gerichtsweg durchzusetzen, solange sie sich in einer ungekündigten Anstellung befinden. Ist in einem Gesamtarbeitsvertrag ein über das gesetzliche Minimum hinausgehender Ferienanspruch vorgesehen, so gilt das Abgeltungsverbot auch für diesen übergesetzlichen Teil.⁹²

2. Rechtsmissbrauch als Schranke

Das Recht des Arbeitnehmers, den unzulässigerweise ausbezahlten Ferienanspruch nachträglich einzufordern, findet seine Grenze im Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB. Ein offener Missbrauch eines Rechts, der nach Art. 2 Abs. 2 ZGB keinen Rechtsschutz findet, kann unter anderem dann vorliegen, wenn die Geltendmachung des Rechts im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechnete Erwartungen enttäuscht, wobei die Geltendmachung der Ungültigkeit einer Ferienabgeltungsvereinbarung nur als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden kann, wenn besondere Umstände hinzukommen, da ansonsten der durch das Abgeltungsverbot bezweckte Schutz des Arbeitneh-

N 16; PraKomm-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 1), Art. 329d OR N 8; VISCHER/MÜLLER (FN 1), § 17 Fn 47; siehe zudem die Verweise in FN 60.

⁸⁸ BÄRLOCHER (FN 18), 122; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 1), Art. 329d OR N 14; VISCHER/MÜLLER (FN 1), § 17 Fn 47.

⁸⁹ AGER Zürich, 5.10.1988, in: JAR 1990, 208 ff., 210; AppGer BS, 21.2.1980, E. 3, in: BJM 1980, 302 ff., 305.

⁹⁰ Vgl. dazu YVES RÜEDI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung aus ungerechtfertigter Bereicherung, Art. 62–67 OR/Ausschluss der Rückforderung, Art. 66 OR, Bern 2011, Art. 66 OR N 247–249, m.w.Verw. in den vorangehenden Absätzen.

⁹¹ Anderer Meinung CEROTTINI (FN 5), 207–209.

⁹² So zutreffend CEROTTINI (FN 5), 175; EGLI (FN 3), 151.

mers vereitelt würde.⁹³ Ein solcher Fall liegt vor, wenn der Arbeitnehmer in eigenem Interesse und in genauer Kenntnis der Rechtslage von sich aus die Abgeltung der Ferien fordert, und zwar unabhängig davon, ob er dies in der Absicht tut, den Ferienanspruch später ein zweites Mal einzufordern.⁹⁴ Demgegenüber wird man in der Regel keinen Rechtsmissbrauch bejahen können, wenn die Initiative, das angehäuften Ferienguthaben auszuzahlen statt in natura zu beziehen, von der Arbeitgeberin ausgeht, selbst wenn der Arbeitnehmer die Rechtslage kennt.⁹⁵ Ebenfalls nicht rechtsmissbräuchlich ist das blosses Zuwarten des Arbeitnehmers bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses, um die unrechtmässig abgegoltenen Ferienansprüche geltend zu machen.⁹⁶

Rechtsmissbrauch wird auch dann bejaht, wenn der Arbeitnehmer Gelegenheit zum Ferienbezug erhält, diese aber ohne triftigen, objektiven Grund nicht wahrnimmt, sondern stattdessen durch Hinhaltetaktik über Jahre hinweg Ferienguthaben anhäuft, um den akkumulierten Ferienanspruch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend zu machen.⁹⁷ Bejaht wird ein derartiger Rechtsmissbrauch vor allem bei Arbeitnehmern, die aufgrund ihrer Stellung den Bezug ihrer Ferien weitgehend frei bestimmen können, wie es zum Beispiel bei Geschäftsführern oder anderen Arbeitnehmern mit hohen Führungspositionen häufig der Fall ist.⁹⁸ Allerdings ist auch in solchen Konstellationen ein Rechtsmissbrauch nur mit grosser Zurückhaltung zu bejahen. Denn wie das Bundesgericht zu Recht festgehalten hat, ist es grundsätzlich die Arbeitgeberin, die den Zeitpunkt der Ferien festlegt, womit grundsätzlich sie die Verantwortung dafür trägt, wenn der Arbeitnehmer seinen Ferienanspruch erst lange nach Ablauf des betreffenden Dienstjahres geltend macht.⁹⁹ Die Arbeitgeberin hat einerseits das Recht, die Ferien im laufenden Dienstjahr anzuordnen, sofern die Anordnung

nicht zu kurzfristig oder in ungerechtfertigter Missachtung der Wünsche des Arbeitnehmers erfolgt.¹⁰⁰ Andererseits ergibt sich aus Art. 329c Abs. 1 OR die Pflicht der Arbeitgeberin, die Ferien im laufenden Dienstjahr anzusetzen, wobei die Verlegung eines Teils der Ferien in das folgende Dienstjahr zulässig ist.¹⁰¹ Die Arbeitgeberin hat mit anderen Worten dafür zu sorgen, dass ein Arbeitnehmer seine Ferien tatsächlich bezieht, und zwar wenn möglich im betreffenden oder im folgenden Dienstjahr.¹⁰² Aufgrund des relativ zwingenden Charakters von Art. 329c OR¹⁰³ wie auch aufgrund ihrer Fürsorgepflicht¹⁰⁴ bleibt die Arbeitgeberin nach hier vertretener Auffassung für den Ferienbezug verantwortlich, selbst wenn sie dem Arbeitnehmer eine weitgehende Entscheidungsautonomie hinsichtlich des Ferienbezugs einräumt.¹⁰⁵ Ausgeschlossen ist ein Rechtsmissbrauch, wenn betriebliche Bedürfnisse oder Weisungen oder die Erwartungshaltung im Unternehmen (z.B. seitens des Verwaltungsrats oder der Muttergesellschaft) den Ferienbezug vereitelt haben. Zu weit geht daher der im Schrifttum vereinzelt vertretene Standpunkt, dass bei leitenden Angestellten mit weitgehender Entscheidungsautonomie betreffend den Bezug ihrer Ferien von einem Verzicht oder einem Verfall nicht bezogener Ferien auszugehen ist, wenn der Angestellte ohne objektiven Grund über längere Zeit hinweg keine oder nur einen Teil der Ferien bezieht.¹⁰⁶

3. Kein zwingendes Abgeltungsverbot für den überobligatorischen Ferienanspruch

Nach dem Gesagten¹⁰⁷ ist einem Teil der Lehre¹⁰⁸ folgend davon auszugehen, dass das Abgeltungsverbot von Art. 329d Abs. 2 OR nur für den gesetzlichen oder in einem GAV vorgesehenen Mindestferienanspruch gilt, nicht jedoch für den im Individualarbeitsvertrag verein-

⁹³ Statt vieler BGer, 4A_72/2015, 11.5.2015, E. 3.6.1; 4A_66/2009, 8.4.2009, E. 1.2; BGE 129 III 493 E. 5.1; OGer Zürich, LA140029, 16.12.2014, E. 7a; vgl. BGE 131 III 439 E. 5.1.

⁹⁴ BGE 129 III 493 E. 5.1; BGer, 4C.184/2000, 24.10.2000, E. 3a/bb und 3b; OGer Zürich, LA140029, 16.12.2014, E. 7a; EGLI (FN 3), 150 f.; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 1), Art. 329d OR N 14; vgl. zudem BGer, 4C.233/2000, 15.11.2000, E. 5a; HGer ZH, 1.12.1949, in: ZR 1950, Nr. 197.

⁹⁵ Vgl. BGE 81 II 627 E. 3.

⁹⁶ Vgl. BGE 131 III 439 E. 5.1.

⁹⁷ BRÜHWILER (FN 11), Art. 329c OR N 1; BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 1), Art. 329c OR N 7; ZK-STAEHELIN (FN 8), Art. 329c OR N 6; vgl. WEBER H. (FN 12), 202.

⁹⁸ Vgl. BGer, 4A_183/2012, 11.9.2012, E. 4.6 (Geschäftsführer); BGE 101 II 283 E. 8b (Geschäftsführer); WYLER/HEINZER (FN 25), 412; ferner BOHNY (FN 33), 176.

⁹⁹ BGE 130 III 19 E. 3.2.

¹⁰⁰ EGLI (FN 3), 128 f.

¹⁰¹ Vgl. EGLI (FN 3), 129 und 131.

¹⁰² Vgl. AGer Zürich, 26.3.1979, in: ZR 1981, Nr. 81.

¹⁰³ Art. 362 Abs. 1 OR.

¹⁰⁴ Art. 328 OR i.V.m. Art. 362 Abs. 1 OR.

¹⁰⁵ In diesem Sinne auch PraKomm-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 1), Art. 329c OR N 14.; vgl. ferner AppGer BS, 21.2.1980, E. 1, in: BJM 1980, 302 ff., 304.

¹⁰⁶ Siehe BOHNY (FN 33), 176, der von einem Verzicht auf den überobligatorischen Ferienanspruch ausgeht, der früher als im vorletzten Dienstjahr begründet wurde (dies vor dem Hintergrund von Art. 341 OR sowie dem damaligen Wortlaut von Art. 329c Abs. 1 OR, wonach Ferien in der Regel im Verlauf des betreffenden Dienstjahres, spätestens aber im folgenden Dienstjahr zu gewähren sind); WYLER/HEINZER (FN 25), 412.

¹⁰⁷ Oben III.B. und III.C.1.

¹⁰⁸ BRÜHWILER (FN 11), Art. 329d OR N 4; EGLI (FN 3), 151; zudem offenbar auch BOHNY (FN 33), 176.

barten, darüber hinaus gehenden Ferienanspruch. Zwar empfiehlt es sich der Rechtssicherheit halber, die Möglichkeit einer Kompensation des überobligatorischen Ferienanspruchs durch eine Geldzahlung oder eine andere äquivalente Leistung, die notabene kein Verzicht im Sinne von Art. 341 Abs. 1 OR darstellt, von Beginn weg ausdrücklich im Arbeitsvertrag vorzusehen. Gleichwohl ist es nach hier vertretener Ansicht zulässig, auch rückwirkend die Abgeltung eines bereits entstandenen überobligatorischen Ferienanspruchs zu vereinbaren. Die konkrete Vereinbarung sollte aus Beweisgründen schriftlich sein und festhalten, welche überobligatorische Ferienansprüche kompensiert werden. Denkbar ist auch, dass man vereinbart, nicht bezogene überobligatorische Ferien auf ein Langzeitferienkonto zu übertragen, das der Arbeitnehmer zum Beispiel für eine Vorpensionierung oder für ein Sabbatical verwenden kann.¹⁰⁹ Nicht zulässig ist hingegen eine Klausel im Arbeitsvertrag, wonach der überobligatorische Ferienanspruch verwirkt, wenn er nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt im nachfolgenden Dienstjahr bezogen wird. Die fünfjährige Verjährungsfrist von Art. 128 Ziff. 3 OR ist gemäss Art. 129 OR zwingend und kann daher von den Arbeitsvertragsparteien nicht wegbedungen und durch eine Verwirkungsvereinbarung ersetzt werden.¹¹⁰

In Zusammenhang mit der Kompensation von nicht bezogenen überobligatorischen Ferien ist die Regel zu beachten, dass ohne anderslautende Erklärung vermutungsweise das älteste Ferienguthaben bezogen wird.¹¹¹ Die Arbeitgeberin tut daher gut daran, im Arbeitsvertrag oder in einem Reglement festzulegen, dass in jedem Dienstjahr zuerst das Ferienguthaben des jeweiligen Dienstjahres zu beziehen ist. Möglich ist auch eine Regelung, dass in jedem Dienstjahr zuerst der obligatorische Ferienanspruch des jeweiligen Dienstjahres bezogen wird, dann allfällige nicht bezogene Ferien aus dem obligatorischen Anspruch des Vorjahres, an dritter Stelle das überobligatorische Ferienguthaben des jeweiligen Dienstjahres und zuletzt nicht bezogene überobligatorische Ferienguthaben aus den Vorjahren. Hinsichtlich der Kompensation eines überobligatorischen Ferienanspruchs ist zudem vor allem bei Jahresarbeitszeitmodellen zu bedenken, dass die vom Arbeitnehmer aufgrund des Nichtbezugs von Ferien geleistete Mehrarbeit keine Überstundenarbeit darstellt,¹¹²

weswegen die gesetzlichen oder arbeitsvertraglichen Bestimmungen zur Kompensation von Überstunden keine Anwendung finden.

¹⁰⁹ Vgl. BRÜHWILER (FN 11), Art. 329d OR N 4.

¹¹⁰ Vgl. BGE 132 III 226 E. 3.3.1. Ebenso PraKomm-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 1), Art. 329c OR N 4 a.E.

¹¹¹ Siehe oben II.D.

¹¹² BGE 128 III 271 E. 2c; CR OR I-AUBERT (FN 9), Art. 329c N 6, mit Verweis auf den vorgenannten Entscheid.