

## BRIEF

Nr. 09.10

17. Februar 2010  
Philip Schneider, lic. iur, Rechtsanwalt

### Arbeitsrecht: Spielregeln für die Festlegung der zeitlichen Lage der Ferien

**In vielen Betrieben wird zu Beginn des Jahres festgelegt, welche Arbeitnehmer wann Ferien beziehen. Eine sorgfältige und vor allem rechtzeitige Planung rechnet sich auch aus arbeitsrechtlicher Sicht. Nachfolgend soll aufgezeigt werden, was Arbeitgeberinnen bei der Festlegung der Lage der Ferien alles zu beachten haben.**

Die zeitliche *Dauer* der Ferien ist in der Regel in einem Gesamtarbeitsvertrag oder im Einzelarbeitsvertrag geregelt. Zu berücksichtigen ist dabei Art. 329a Abs. 1 OR. Nach dieser Bestimmung hat die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer nämlich für jedes Dienstjahr mindestens vier Wochen Ferien zu gewähren. Eine Abgeltung der Ferien durch Geld oder Ähnliches kommt während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht in Frage (Art. 329d Abs. 2 OR). Auf Grund einer entsprechenden Vereinbarung bildet in vielen Betrieben freilich nicht das Dienstjahr, sondern das Kalenderjahr die Grundlage für die Berechnung der Dauer der Ferien.

Art. 329a Abs. 1 OR darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Ferienanspruch *laufend* entsteht, der Arbeitnehmer daher Ende Januar erst Anspruch auf 1,67 (bei vier Wochen Ferien pro Kalenderjahr) bzw. 2,08 (bei fünf Wochen Ferien pro Kalenderjahr) Ferientage erworben hat.

Für die Festlegung der zeitlichen *Lage* der Ferien enthält das Gesetz keine präzisen Vorgaben. Aus dem Gesetz ergeben sich jedoch einige Spielregeln, die jede Arbeitgeberin beachten muss.

Nach Art. 329c Abs. 2 Halbsatz 1 OR sind die Ferien in der Regel *im Laufe des betreffenden Dienstjahrs* zu gewähren. In Betrieben, in denen nicht das Dienstjahr, sondern das Kalenderjahr die Grundlage für die Berechnung der Dauer der Ferien bildet, sind die Ferien im Laufe des betreffenden Kalenderjahrs zu gewähren.

Eine Übertragung der Ferien ins Folgejahr kommt vor allem dann in Betracht, wenn eine Arbeitnehmerin Mutter geworden ist. Denn während des Mutterschaftsurlaubs muss eine Arbeitnehmerin gegen ihren Willen keine Ferien beziehen (vgl. AGer Zürich ZR 1997 Nr. 75), und eine Ferienkürzung, weil eine Arbeitnehmerin ihren Mutterschaftsurlaub bezieht, ist unzulässig (Art. 329b Abs. 3 OR).

Dass die Ferien nicht im Laufe des betreffenden Kalenderjahrs gewährt werden, führt nicht zur Verwirkung der Ferien (vgl. BGE 130 III 19; 165). Eine in einem Personalreglement enthaltene Regelung, dass diejenigen Ferien verirken, die nicht im Laufe des betreffenden Kalenderjahrs bezogen werden, ist unzulässig (vgl. AGer Zürich JAR 1993, 168).

Nach Art. 329c Abs. 2 OR bestimmt die *Arbeitgeberin* die Lage der Ferien. Sie hat allerdings auf die Wünsche des Arbeitnehmers insoweit Rücksicht zu nehmen, als diese mit den Interessen des Betriebs vereinbar sind. Diese Grundsätze lassen sich folgendermassen präzisieren:

In erster Linie ist es Sache des *Arbeitnehmers*, Ferien für einen bestimmten Zeitraum zu verlangen; der Arbeitnehmer ist schliesslich der Inhaber des Anspruchs auf Ferien. Die Arbeitgeberin muss den Wunsch des Arbeitnehmers sodann prüfen und dem Arbeitnehmer innert angemessener Frist mitteilen, ob dem Wunsch entsprochen werden kann. Wenn die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer innert angemessener Frist keine (abschlägige) Mitteilung macht, darf der Arbeitnehmer freilich nicht annehmen, dass die Arbeitgeberin dem Wunsch des Arbeitnehmers entspricht. Der Arbeitnehmer hat vielmehr bei der Arbeitgeberin nachzufragen.

Wenn der Arbeitnehmer keine Ferien verlangt, dann ist die *Arbeitgeberin* verpflichtet, die Lage der Ferien zu bestimmen. Entgegen einer verbreiteten Ansicht braucht die Arbeitgeberin nicht zwingend den Arbeitnehmer vorgängig nach allfälligen Wünschen zu fragen. Im Unterlassungsfall ist es vielmehr Sache des Arbeitnehmers, gegen die von der Arbeitgeberin festgelegte Lage der Ferien – unverzüglich – zu protestieren und gleichzeitig eine andere Lage zu wünschen.

Die Arbeitgeberin hat dem Arbeitnehmer die Lage der Ferien in der Regel drei Monate im Voraus mitzuteilen, damit der Arbeitnehmer seine Ferien auch planen kann (vgl. OGer ZH JAR 1989, 186). Noch nicht abschliessend geklärt ist die Frage, ob eine kürzere Frist gilt, wenn die Arbeitgeberin aus betrieblichen Gründen gezwungen ist, sog. Zwangsferien anzuordnen.

Nach einer verbreiteten Ansicht darf der Arbeitnehmer den Bezug noch nicht erworbener Ferien ohne weiteres ablehnen. Die Arbeitgeberin könnte demnach ohne Zustimmung des Arbeitnehmers auf keinen Fall bestimmen, dass der Arbeitnehmer seine erste Ferienwoche bereits im Februar bezieht (vgl. z.B. GSGer Basel-Stadt JAR 1980, 245). Wenn die Arbeitgeberin für den Februar Betriebsferien anordnet, wäre die Arbeitgeberin daher faktisch gezwungen, den Arbeitnehmern eine (zumutbare) Ersatzarbeit zuweisen, es sei denn, dass der Bezug von unbezahlttem Urlaub vereinbart wird. Die Ansicht, dass der Arbeitnehmer den Bezug noch nicht erworbener Ferien ablehnen darf, ist abzulehnen. Sie verunmöglicht jede vernünftige Ferienplanung. Immerhin braucht der Arbeitnehmer, der auf Anordnung der Arbeitgeberin hin noch nicht erworbene Ferien bezogen hat, den auf die noch nicht erworbenen Ferien entfallenden Teil des Ferienlohns nicht zurückzuzahlen, wenn das Arbeitsverhältnis unter dem Jahr endet und sich herausstellt, dass der Arbeitnehmer zu viele Ferien bezogen hat (vgl. GSGer JAR 1992, 177). Die arbeitsvertragliche Vereinbarung, dass der Arbeitnehmer zu viel bezogene Ferien auch dann zurückzahlen muss, wenn der Arbeitnehmer auf Anordnung der Arbeitgeberin hin noch nicht erworbene Ferien bezieht, ist allerdings zulässig (vgl. z.B. OGer LU JAR 2007, 458).

Nach dem Wortlaut des Gesetzes braucht die Arbeitgeberin die Wünsche des Arbeitnehmers bloss zu berücksichtigen. Die Arbeitgeberin ist deshalb nicht gezwungen, ihre Jahresplanung auf die Ferienwünsche ihrer Arbeitnehmer abzustimmen. Einzelne Gerichte verlangen allerdings von der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmer eine «gegenseitige Rücksichtnahme» (vgl. z.B. GSGer Basel-Stadt JAR 1981, 268).

Art. 329c Abs. 1 Halbsatz 2 OR sieht vor, dass jedenfalls zwei Ferienwochen zusammenhängen müssen. Von dieser Bestimmung kann selbst mit Zustimmung des Arbeitnehmers nicht abgewichen werden (s. Art. 361 Abs. 1 OR). Wenn von dieser Bestimmung trotzdem abgewichen wird, kann der Arbeitnehmer zwei zusätzliche Ferienwochen verlangen. In Notfällen soll die Arbeitgeberin Art. 329c Abs. 1 Halbsatz 2 OR allerdings missachten dürfen (vgl. BGer JAR 2001, 222). Die restlichen Ferien dürfen aufgeteilt werden. Ob die Arbeitgeberin einseitig bestimmen kann, dass der Arbeitnehmer die restlichen Ferien *tageweise* bezieht, ist allerdings

fraglich, zumal das Gesetz den Ferienanspruch in Art. 329a Abs. 1 OR in Wochen und nicht in Tagen bemisst. In der Lehre wird die Frage überwiegend bejaht. Mit Zustimmung des Arbeitnehmers können die rechtlichen Ferien sogar halbtagesweise bezogen werden.

Bei der Festlegung der Lage der Ferien haben die Interessen des Betriebs grundsätzlich Vorrang vor den Wünschen des Arbeitnehmers. Das gilt allerdings bloss für solche Interessen des Betriebs, die derart gewichtig sind, dass die Erfüllung der Wünsche des Arbeitnehmers zu ernsthaften Störungen des Betriebs führen würde. Schliesslich wird jede Abwesenheit eines Arbeitnehmers gewisse Beeinträchtigungen des Betriebsablaufs mit sich bringen. In der Regel ist deshalb eine Abwägung im Einzelfall erforderlich. Im Zweifel gehen die Interessen der Arbeitgeberin allerdings vor. Typischerweise gehen die Interessen der Arbeitgeberin dann vor, wenn die Arbeitgeberin Betriebsferien anzuordnen gedenkt (vgl. GS Ger Basel-Stadt JAR 1981, 268).

Durch die Verwendung des Ausdrucks «Wünsche des Arbeitnehmers» stellt das Gesetz klar, dass die Arbeitgeberin selbst solche Interessen des Arbeitnehmers nicht einfach übergehen darf, für welche die Arbeitgeberin kein Verständnis aufzubringen vermag. Dass der Arbeitnehmer beispielsweise den Besuch eines bestimmten Selbstfindungsseminars beabsichtigt, macht den Wunsch des Arbeitnehmers nicht etwa bedeutungslos. Jeder Wunsch muss nach Möglichkeit berücksichtigt werden. Grössere Beeinträchtigungen des Betriebsablaufs muss die Arbeitgeberin aber bloss in Kauf nehmen, wenn der Wunsch des Arbeitnehmers ein gewisses Gewicht hat. Ein gewichtiger Wunsch liegt etwa vor, wenn der Arbeitnehmer gesundheitlich angeschlagen ist und (dringend) Erholung benötigt oder wenn Familienmitglieder des Arbeitnehmers bloss zu bestimmten Zeiten Ferien machen können (vgl. CCC NE JAR 1994, 168).

Wenn die Arbeitgeberin einen Wunsch des Arbeitnehmers missachtet, ohne dass die Erfüllung des Wunsches zu ernsthaften Störungen des Betriebs führen würde, ist es (wiederum) Sache des Arbeitnehmers, gegen die von der Arbeitgeberin festgelegte Lage der Ferien – unverzüglich – zu protestieren. Wenn der Arbeitnehmer für die Zeit der von der Arbeitgeberin festgelegten Ferien seine Arbeitskraft anbietet, muss sich der Arbeitnehmer, der gegen die von der Arbeitgeberin festgelegte Lage der Ferien protestiert hat, für die betreffende Zeit keinen Ferienbezug anrechnen lassen. Die Ferien können vielmehr «nachgeholt» werden. Entgegen einer bisweilen vertretenen Ansicht ist der Arbeitnehmer demgegenüber nicht berechtigt, die Ferien eigenmächtig zu beziehen. Im Wiederholungsfall kann ein eigenmächtiger Ferienbezug unter Umständen sogar eine fristlose Entlassung des Arbeitnehmers rechtfertigen (vgl. BGE 108 II 301).

Besondere Probleme ergeben sich, wenn *mehrere* Arbeitnehmer Ferien für den *gleichen* Zeitraum wünschen. Wenn der gleichzeitige Bezug von Ferien zu ernsthaften Störungen des Betriebs führen würde, ist die Arbeitgeberin nicht gezwungen, dem Wunsch jedes Arbeitnehmers zu entsprechen. Dass dies dazu führt, dass ein Arbeitnehmer gegenüber einem anderen bevorzugt wird, ist hinzunehmen. Weil über die Lage der Ferien im Einzelfall zu entscheiden ist, bleibt für die Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes kein Raum. Der Umstand, dass dem Wunsch eines Arbeitnehmers nicht entsprochen werden kann, führt immerhin dazu, dass dem *nächsten* Wunsch des Arbeitnehmers umso grösseres Gewicht zukommt.

Unklar ist, ob die Arbeitgeberin einen Arbeitnehmer, der familiäre Gründe für einen bestimmten Wunsch angeben kann, gegenüber einem anderen Arbeitnehmer bevorzugen *muss*. Man wird jedenfalls davon ausgehen dürfen, dass die Arbeitgeberin einen Arbeitnehmer mit Familienpflichten bevorzugen *darf*. Wenn die Lage der Ferien eines Arbeitnehmers ohne Familienpflichten bereits festgelegt worden ist, darf die Arbeitgeberin die Ferien dieses Arbeitnehmers

aber nicht mehr verschieben, einzig um den Arbeitnehmer mit Familienpflichten bevorzugen zu können.

Um die Ferien der Arbeitnehmer eines Betriebs aufeinander abzustimmen, wird in vielen Betrieben ein *allgemeiner Ferienplan* erstellt, in dem die Ferien aller betriebszugehörigen Arbeitnehmer vermerkt sind. Bei der Erstellung eines allgemeinen Ferienplans wird es der Arbeitgeberin aber schlicht nicht möglich sein, alle Wünsche jedes einzelnen Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Hier soll es deshalb bloss darauf ankommen, dass der allgemeine Ferienplan *generell* gerecht erscheint.

Zur Vorbereitung des Ferienplans werden oft *Ferienlisten* erstellt, in welche die Arbeitnehmer ihre Wünsche eintragen können. In den Ferienlisten kann die Arbeitgeberin Zeiten (z.B. die Vorweihnachtszeit) vermerken, während derer keine Ferien bezogen werden dürfen (sog. Feriensperren). Eine vorzeitige Information der Arbeitnehmer über Feriensperren ist auf jeden Fall sinnvoll; darüber hinaus kann sie dazu führen, dass ein eigenmächtiger Ferienbezug eines Arbeitnehmers während einer Sperrzeit die fristlose Entlassung des Arbeitnehmers ohne weiteres rechtfertigt (vgl. BGer 4C.201/2004). Wenn die Arbeitgeberin den Wunsch eines Arbeitnehmers nicht innert angemessener Frist (innert ca. 1 Monat) ablehnt, darf der Arbeitnehmer annehmen, dass die gewünschte Lage der Ferien gebilligt wird. Insofern erlangt die Ferienliste die Qualität eines allgemeinen Ferienplans.

Die Abstimmung der Ferien der Arbeitnehmer kann auch auf die Weise erfolgen, dass die Arbeitgeberin *Betriebsferien* anordnet. Die Anordnung von Betriebsferien ist grundsätzlich zulässig, *ohne* dass es auf das Gewicht der Interessen der Arbeitgeberin an der Durchführung von Betriebsferien ankommt. Bei der Anordnung von Betriebsferien finden die Wünsche der Arbeitnehmer aber regelmässig keine Berücksichtigung. Vor diesem Hintergrund kann man sich durchaus fragen, ob die Arbeitgeberin anordnen darf, dass die Arbeitnehmer ihren *vollen* Ferienanspruch für Betriebsferien aufwenden müssen. Im schweizerischen Recht wird eine derartige Anordnung jedoch für zulässig erachtet. Bisweilen wird allerdings die Ansicht vertreten, dass ein Arbeitnehmer, der den vollen Ferienanspruch für Betriebsferien aufwenden muss, Anspruch auf Einräumung von unbezahltem Urlaub hat, wenn er ohne die Einräumung von unbezahltem Urlaub keine Ferien mit seiner Familie verbringen könnte.

Sobald sie die Lage der Ferien festgelegt hat, kann die Arbeitgeberin vom Arbeitnehmer eine Verschiebung der Ferien nur noch verlangen, wenn *unvorhergesehene* betriebliche Gründe die Verschiebung der Ferien dringend verlangen, beispielsweise weil die Ferienvertretung des Arbeitnehmers erkrankt ist und ihrerseits nicht ersetzt werden kann (vgl. z.B. BGer JAR 1999, 201). Wenn der Arbeitnehmer seine Ferien bereits gebucht hat, hat die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer die Stornierungskosten zu ersetzen.

Wie die Arbeitgeberin kann auch der Arbeitnehmer unter Umständen eine Verschiebung der Ferien verlangen. Wenn gewichtige Gründe vorliegen (z.B. weil die Arbeitgeberin der Ehefrau des Arbeitnehmers eine Verschiebung der Ferien durchgesetzt hat), muss die Arbeitgeberin die Verschiebung der Ferien bewilligen. Die Lage der verschobenen Ferien bestimmt sodann wiederum die Arbeitgeberin.

## **Weitere Informationen und Auskünfte**

Für allfällig weitere Fragen steht Ihnen unser Rechtsdienst gerne zur Verfügung. Kontaktieren Sie Philip Schneiter (Telefon 062 837 18 04 oder per E-Mail [philip.schneiter@aihk.ch](mailto:philip.schneiter@aihk.ch)) oder Jan Krejci (Telefon 062 837 18 02 oder per E-Mail [jan.krejci@aihk.ch](mailto:jan.krejci@aihk.ch)).