

# Referat «Ferien/Freistellung»

von Georges Chanson

## Unterlagen zum Referat

Übersicht .....	84
Ferien.....	85
Freistellung .....	90
Serviceteil: Statistik .....	94
Serviceteil: Gesetze .....	95
Serviceteil: Entscheid .....	105
Serviceteil: Literatur .....	110
Serviceteil: Muster .....	111

## Übersicht

<b>Ferien</b> .....	85
Grundlagen im Gesetz .....	85
Ferienbezug .....	85
Ferienkontrolle und Beweis .....	86
Ferienlohn .....	87
Barabgeltungsverbot .....	88
Sonderfragen .....	88
Krankheit während den Ferien.....	88
Verjährung des Ferienanspruch .....	88
Rückzahlung zuviel bezogener Ferien .....	89
Ferienkürzung .....	89
<b>Freistellung</b> .....	90
Begriff der Freistellung .....	90
Vorgehen bei einer Freistellung .....	90
Lohnanspruch von Freigestellten .....	91
Anrechnung von Ersatzverdienst .....	92
Zeitguthaben (Ferien, Mehrstunden).....	93
Sonderfragen .....	93
Beschäftigungspflicht und Stellenantrittsverbot .....	93
Rücknahme der Freistellungserklärung .....	93
Treuepflicht.....	93
Konkurrenzverbot.....	94
<b>Serviceteil: Statistik</b> .....	94
Ferien .....	94
Freistellung.....	94
<b>Serviceteil: Gesetze</b> .....	95
OR.....	95
ArGV1 .....	105
<b>Serviceteil: Entscheid</b> .....	105
BGE 128 III 271 .....	105
<b>Serviceteil: Literatur</b> .....	110
Blesi Alfred .....	110
Schürer Hans Ueli .....	110
Streiff Ullin/von Kaenel Adrian .....	110
<b>Serviceteil: Muster</b> .....	111
Vertragsklausel: Barabgeltung Ferienentschädigung .....	111
Vertragsklausel: Ferienbezug.....	111
Vorlage: Freistellung .....	111
Vorlage: Empfangsbestätigung bei Weigerung zur Unterzeichnung.....	112

### Georges Chanson

Chanson-Lohrer-Rusch Rechtsanwälte, Zürich

Bodmerstrasse 10, CH-8027 Zürich

Telefon 044 201 10 30, Fax 044 201 47 51 , [chanson@bodmerstrasse.ch](mailto:chanson@bodmerstrasse.ch) [www.arbeitrechtler.ch](http://www.arbeitrechtler.ch)

## Ferien

### Grundlagen im Gesetz

Massgebend für die Ferienregelung sind die Artikel 329a – 329d des Schweizerischen Obligationenrechts (OR)<sup>1</sup>.

Das Gesetz regelt die minimale Dauer von 4 Wochen für alle Arbeitnehmenden und von 5 Wochen für junge Arbeitnehmende bis zum vollendeten 20. Altersjahr<sup>2</sup>. Entgegen landläufiger Meinung gibt es keinen gesetzlichen Anspruch auf 5 oder mehr Wochen Ferien für ältere Arbeitnehmende. Solche Regelungen finden sich in vielen Verträgen, Personalreglementen oder in den Vorschriften über die Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Dienst.

Der Ferienanspruch kann ausnahmsweise gekürzt werden. Die entsprechende Bestimmung (Art. 329b OR)<sup>3</sup> war keine gesetzgeberische Meisterleistung, sondern hat zu vielen Auslegungsfragen Anlass gegeben. Sie wurde mit der Einführung der Mutterschaftsentschädigung (MSE) per 1. Juli 2005 dahin ergänzt, dass keine Ferienkürzung erfolgen darf für die Zeit, in der eine Mutter diese Mutterschaftsentschädigung nach dem Erwerbssatzgesetz<sup>4</sup> bezieht. Auch Arbeitsverhinderungen infolge Schwangerschaft führen zu keiner Kürzung, wenn sie nicht mindestens drei volle Monate dauern<sup>5</sup>.

Für den Bezug der Ferien legt Art. 329c OR<sup>6</sup> den Vorrang der arbeitgebenden Partei fest, die jedoch Rücksicht auf die Interessen der Arbeitnehmenden nehmen muss, wobei mindestens zwei Wochen zusammenhängend zu gewähren sind.

In der Praxis sehr wichtig sind die Regeln über den Ferienlohn<sup>7</sup>. Sie werden vielfach missachtet, einerseits durch fehlenden Einbezug aller Lohnbestandteile und andererseits durch Verletzung des Barabgeltungsverbots von Abs. 2 von Art. 329d OR.

Nicht als bezahlte Ferienzeit verstanden wird der Urlaub für ausserschulische Jugendarbeit<sup>8</sup>, wo ein Lohnanspruch nur besteht, wenn dies vereinbart ist<sup>9</sup>. Auch der seit Mitte 2005 eingeführte Mutterschaftsurlaub von 14 Wochen<sup>10</sup> ist nicht Teil der gesetzlichen Ferienregelung.

Das Arbeitsgesetz<sup>11</sup> sagt nichts Relevantes<sup>12</sup> zu den Ferien. Nur die Verordnung 1 zu diesem Gesetz<sup>13</sup> erwähnt sie im Zusammenhang mit den vorgeschriebenen freien Sonntagen.

### Ferienbezug

Der Ferienbezug orientiert sich am Erholungszweck der Ferien, was erklärt, dass ungerechtfertigte Absenzen («Blauen machen») nicht einfach dem Ferienguthaben abgezogen werden dürfen, sondern direkt zu einer Lohnkürzung – mangels Austausch Arbeit gegen Geld – führen müssen.

Das Gesetz bestimmt den Ferienanspruch nach Wochen, was die Praxis nicht hindert, meist nach Arbeitstagen abzurechnen. Mit einer reinen Wochenbetrachtung würden Arbeitnehmende schlechter fahren, wenn zufällig Feiertage in ihre

1 → Serviceteil: Gesetze, OR, nachstehend S. 18

2 Art 329a OR → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 18

3 → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 19

4 EOG, SR 83.41, [http://www.admin.ch/ch/d/sr/c834\\_1.html](http://www.admin.ch/ch/d/sr/c834_1.html), dort Art. 16 ff EOG

5 Art 329b Abs. 3 OR → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 19

6 → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 18

7 Art 329d OR → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 19

8 Art 329e OR → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 19

9 Abs. 2 von Art 329e OR → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 19

10 Art 329f OR → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 20

11 ArG, SR 822.11, [http://www.admin.ch/ch/d/sr/c822\\_11.html](http://www.admin.ch/ch/d/sr/c822_11.html), d.h. in jenem Gesetz, dass die Arbeitnehmenden vor Überforderung schützen soll

12 Die Übergangsbestimmung von Art. 73 ArG, [http://www.admin.ch/ch/d/sr/822\\_11/a73.html](http://www.admin.ch/ch/d/sr/822_11/a73.html), hat keine Bedeutung mehr, soweit sie sich auf die früheren kantonalen Ferienregelungen bezieht.

13 Art. 21 Abs. 4 ArGV1 → Serviceteil: Gesetze, ArGV1, S. 22

Ferienwochen fallen. Heute hat sich durchgesetzt, dass Feiertage in den Ferien nicht zugleich als Ferientage zählen. Das gilt auch für Teilzeitarbeitende, sofern der Feiertag nicht auf einen ohnehin freien Tag fällt. Auch bei der massgebenden Periode richtet sich die Praxis nicht nach dem Gesetz, das die Ferien auf die Dienstjahre, d.h. auf die Anstellungsjahre, bezieht<sup>14</sup>. Vielmehr rechnen die meisten Betriebe mehr oder weniger stillschweigend nach Kalenderjahren ab. In beiden Fällen wird der Ferienanspruch bei angebrochenen Jahren pro Rata bestimmt<sup>15</sup>. Teilzeitmitarbeitende haben ebenfalls einen minimalen gesetzlichen Ferienanspruch von 4 Wochen. Wird bei ihnen nach Arbeitstagen abgerechnet, so werden diese im Verhältnis zum Pensum festgelegt und es braucht entsprechend weniger Ferientage für eine ganze Ferienwoche.

Wie schon erwähnt, liegt das Primat der Ferienordnung bei der arbeitgebenden Partei, was nicht heisst, dass jede Willkür möglich wäre. So ist zum Beispiel die Anordnung von Betriebsferien erlaubt, die von der Arbeitgeberseite aber nicht einfach kurzfristig angesetzt werden können. Man fasst heute eine Vorankündigungsfrist von drei Monaten als grundsätzlich angemessen auf. Rücksicht ist auch bei Arbeitnehmenden mit schulpflichtigen Kindern geboten und einmal bewilligte Ferien dürfen nicht ohne weiteres verschoben werden, wenn auch seltene Ausnahme mit voller Schadloshaltung der arbeitnehmenden Partei denkbar sind. Ferien sind in der Regel im Verlauf des betreffenden Jahres zu beziehen, was nicht heisst, dass nicht bezogene Ferien bereits im Folgejahr verfallen würden. Für solche Fälle ist eine Regelung im Vertrag oder im Personalreglement sinnvoll, dass die arbeitgebende Partei bis zu einem bestimmten Datum (z.B. Ende März) nicht bezogene Vorjahresferien ohne weitere Rücksicht auf die Arbeitnehmenden anordnen kann<sup>16</sup>. Eigenmächtiger Ferienbezug durch Arbeitnehmende verstösst in der Regel gegen die Vorschrift von Art. 329c Abs. 2 OR<sup>17</sup>, wonach die Arbeitgeberseite den Zeitpunkt der Ferien bestimmt. Er kann unter Umständen zu einer fristlosen Entlassung berechtigen.

Der Ferienanspruch entsteht laufend mit fortschreitender Dauer des entsprechenden Dienst- oder Kalenderjahres<sup>18</sup>. Deshalb haben Arbeitnehmende kein Recht auf einen Vorbezug ihrer Ferien, müssen sich aber grundsätzlich auch nicht gefallen lassen, dass sie arbeitgeberseits in die Ferien geschickt werden, ohne dass ein entsprechendes Ferienguthaben existiert. Sind bei Austritt zu viele Ferien bezogen worden, stellen sich Arbeitgebende häufig die Frage nach der Rückforderung, welche nur in Ausnahmefällen möglich ist und in aller Regel auch eine entsprechende vertragliche Vereinbarung verlangt.

Häufig zu Diskussionen Anlass gibt auch der Ferienbezug während der Kündigungsfrist. Während man früher stärker auf einen Bezug während der Kündigungsfrist tendierte, ist nach dem heutigen Stand der Praxis stets auch danach zu fragen, ob Arbeitgebende aufgrund ihrer Stellensuche die Ferien überhaupt beziehen könnten. Dies ist bei der Freistellung besonders akzentuiert und wird dort<sup>19</sup> noch gesondert behandelt. Die Gerichtspraxis zu dieser Frage ist nicht einheitlich und meist einzelfallbezogen.

Werden Ferien ausnahmsweise ausbezahlt<sup>20</sup>, so müssen Arbeitgebende darauf achten, dass es auch genügende freie Zeit zum Bezug der Ferien gibt. Sonst riskieren sie, dass ein Richter das Barabgeltungsverbot verletzt sieht und die Ferien doch noch nachgefordert werden können.

## Ferienkontrolle und Beweis

Nach der allgemeinen Beweisregel von Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB), wonach derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet, liegt die Beweislast für den Ferienbezug bei der arbeitgebenden Partei<sup>21</sup>. Dagegen muss die arbeitnehmende Person den Nachweis über die Höhe ihres

14 Art. 329a Abs. 1 OR → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 18

15 Abs. 3 von Art. 329a OR → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 18

16 → Serviceteil: Muster, Vertragsklausel: Ferienbezug, S. 32

17 → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 18

18 Dies ergibt sich aus der pro-Rata-Regel von Art. 329a Abs. 3 OR, siehe dazu vorstehend bei Fussnote 15

19 nachstehend unter «Freistellung» und dort unter «Zeitguthaben (Ferien, Mehrstunden)», S. 11

20 → nachstehend unter «Barabgeltungsverbot», S. 5

21 Dies hält das Bundesgericht auch im Entscheid BGE 128 III 271, <http://relevancy.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE-128-III-271&lang=de&zoom=OUT>, fest, der anschaulich verschiedene Fragen zum Thema dieses Referats klärt. → Serviceteil: Entscheid, nachstehend S. 23 ff, dort Erwägung 2a, S. 24 ff

Ferienanspruchs erbringen. Das ist dann von Bedeutung, wenn geltend gemacht wird, der vertragliche Ferienanspruch sei höher als der gesetzliche. Steht die Höhe des Ferienanspruchs fest, hat die Arbeitgeberseite nachzuweisen, in welchem Umfang die gesetzlich oder vertraglich zustehenden Ferientage bezogen worden sind. Gelingt ihr dies nicht, riskiert sie eine Nachforderung bereits bezogener aber nicht bewiesener Ferientage. Das macht klar, wie wichtig eine korrekte und laufend nachgeführte Ferienkontrolle ist. Werden Gründe für eine Ferienkürzung geltend gemacht, sind diese ebenfalls arbeitgeberseitig zu beweisen.

In der Praxis zeigt sich immer wieder, dass der Nachweis bereits bezogener Ferien nicht gelingt. Häufig gibt es zwar Ferienpläne, in denen Arbeitnehmende ihre Ferienwünsche eintragen, die dann aber nicht nachgeführt sind und als Beweis nicht genügen. Wenn in einem Betrieb nicht automatisierte Zeiterfassungssysteme existieren, lohnt es sich deshalb, die Ferienkontrolle periodisch durch die Arbeitnehmenden visieren zu lassen, wenn dies von der Zahl der Mitarbeitenden her möglich ist.

Selbst wenn ein Mitarbeitender aufgrund seiner Stellung und Selbständigkeit den Zeitpunkt der Ferien selber bestimmen kann, bleibt die arbeitgebende Partei grundsätzlich für den Ferienbezug beweispflichtig. Lässt sich der Bezug nicht genau feststellen, gibt es aber genügend Indizien, kann der Richter allenfalls auch auf eine Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR abstellen<sup>22</sup>.

## Ferienlohn

Nach dem klaren Wortlaut von Abs. 1 von Art. 329d OR<sup>23</sup> haben Arbeitnehmende Anspruch auf den «gesamten darauf entfallenden Lohn» für die Ferien samt einer Entschädigung für ausfallenden Naturallohn (Kost und Logis). Sie sind wirtschaftlich gleich zu stellen, wie wenn sie gearbeitet hätten. Das bedeutet, dass auch sämtliche regelmässigen Zulagen in den Ferienlohn einzurechnen sind<sup>24</sup>. Auch regelmässig anfallende Trinkgelder sind Basis für den Ferienlohn. Leisten Arbeitnehmende dauernd Mehrstunden, muss sich dies ebenfalls durch Einrechnung der Mehrstundenentschädigung im Ferienlohn auswirken, wenn dies in der Praxis auch selten gehandhabt wird. Massgebend ist der für die Ferienperiode geschuldete Lohn, was sich bei Lohnerhöhungen oder Kurzarbeit auswirken kann. Ist der Lohn schwankend, wird man auf eine zurückliegende Vergleichsperiode von sechs bis zwölf Monaten abstellen. Dabei ist auf eine für beide Seiten faire Wahl der massgebenden Periode zu achten.

Auch Erfolgsbeteiligungen wären im Ferienlohn einzubeziehen, wo in der Praxis ebenfalls oft «gesündigt» wird, speziell bei den Provisionen, d.h. bei Entschädigungen für einen konkreten Geschäftsabschluss. Dort ist häufig auch schwierig festzulegen, welches die mutmasslich während den Ferien verdiente Provision wäre. Wohl der Einfachheit halber stellte das Bundesgericht in einem solchen Fall auf eine frühere Referenzperiode ab und erklärte, eine individuelle Betrachtung sei nur im Einzelfall vorzunehmen<sup>25</sup>. Vor allem bei Abschlussprovisionen ist ja denkbar, dass sie vor und nach den Ferien grösser sind, weil der Verkäufer entsprechend vor- oder nachholt. Solche Umsatzspitzen wären wiederum aus der Berechnung herauszufiltern.

Im laufenden Arbeitsverhältnis spielt der 13. Monatslohn für die Bestimmung des Ferienlohns keine Rolle, sondern der ausbezahlte Ferienlohn bildet ja gerade einen Teil der Basis für den 13. Monatslohn. Dagegen ist bei nachträglicher Auszahlung eines Rest-Ferienguthabens am Schluss des Arbeitsverhältnisses der 13. Monatslohn hinzuzurechnen.

Fällig wird der Ferienlohn wie gewöhnlicher Lohn am Ende jedes Monats<sup>26</sup>, d.h. es besteht – abgesehen von der allgemeinen<sup>27</sup> – keine spezielle Vorschusspflicht für Ferienlohn.

22 was im Entscheid BGE 128 III 271 geschah → Serviceteil: Entscheid, nachstehend S. 23 ff, dort Erwägung 2b, S. 25 ff

23 → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 19

24 Dies hielt das Bundesgericht in einem in der Öffentlichkeit bekanntgewordenen Entscheid zu Forderungen von Mitarbeitenden eines Callcenters von Orange ausdrücklich fest: «Werden die zusätzlich zum Grundlohn als Ausgleich für Nacht-, Wochenend sowie Feiertagsarbeit erbrachten Leistungen regelmässig und während einer gewissen Dauer ausgerichtet, so sind sie bei der Berechnung des auf die Ferien entfallenden Lohnes nach Art. 329d Abs. 1 OR zu berücksichtigen.» (BGE 132 III 172, <http://relevancy.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE-132-III-172&lang=de&zoom=OUT>)

25 BGE 129 III 664, <http://relevancy.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE-129-III-664&lang=de&zoom=OUT>, = Praxis 93 Nr. 67

26 Art. 323 Abs. 1 OR → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 17

27 dazu Abs. 4 von Art. 323 OR → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 17

## Barabgeltungsverbot

Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses dürfen Ferien nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden<sup>28</sup>. Dies erklärt sich mit dem Erholungszweck und damit, dass Arbeitnehmende auch während der Ferien die nötigen Geldmittel zum Lebensunterhalt haben. Wird nämlich die Ferienentschädigung in den Lohn eingerechnet, gibt es in der arbeitsfreien Zeit der Ferien auch keinen Lohn mehr. Allerdings erlaubt dieser Wortlaut eine Auszahlung am Schluss des Arbeitsverhältnisses.

Die Gerichtspraxis zu diesem Barabgeltungsverbot ist weiterhin streng und mancher Arbeitgebende hat Ferien wegen Verletzung dieses zwingenden gesetzlichen Verbots doppelt bezahlt. Dies ist die logische Konsequenz, denn die vermeintlich in Geld abgegoltenen Ferien gelten als nicht bezogen und sind dann meist am Schluss des Arbeitsverhältnisses noch einmal zu bezahlen. Der Einwand, dies sei rechtsmissbräuchlich, hilft meistens nicht.

Entgegen dem Wortlaut von Abs. 2 von Art. 329d OR lassen die Gerichte eine Barauszahlung nur dann zu, wenn die Arbeitsleistung sehr kurz oder sehr unregelmässig ist. Im letzteren Fall erweist sich dann meist auch die Berechnung des Ferienlohns als schwierig, weil regelmässige Durchschnittswerte fehlen. Es ist offen, wie sich die Rechtsprechung zu dieser Frage entwickelt. Klar ist aber, dass die separate Ferienlohnauszahlung praktisch immer nur dann geschützt worden ist, wenn es auch eine beweisbare Vereinbarung gab, dass das Feriengeld laufend mit dem Lohn ausbezahlt wird, und wenn überdies bei jeder Lohnzahlung das Feriengeld erkennbar ausgeschieden wurde. Letzteres soll den Arbeitnehmenden ermöglichen, das Feriengeld für die Zeit, in der sie keinen Lohn erhalten, auf die Seite zu legen. Sinnvoller wäre dann aber, die Ferienentschädigung zwar auf jeder Lohnabrechnung auszuweisen, aber bis zum effektiven Ferienbezug zurückzubehalten und dann im Umfang der bezogenen Ferientage auszuzahlen. Ein Muster einer solchen Vertragsregelung findet sich im Serviceteil dieses Referats.<sup>29</sup> Der Rückbehalt ist rechtlich allerdings nicht ganz unproblematisch, weil er mit der Bestimmung über die Lohnfälligkeit am Ende jedes Monats<sup>30</sup> kollidiert und sich auch nicht recht mit der Vorschrift über den Lohnrückbehalt verträgt<sup>31</sup>. Der Prozentsatz des Ferienlohns richtet sich nach dem Verhältnis der Ferienwochen zu den Arbeitswochen, d.h. er beträgt bei vier Wochen Ferien 8.33% ( $52 - 4 = 48$ , davon 4 Wochen =  $4/48 = 1/12 = 100 : 12 = 8.333\%$ ) und bei fünf Wochen Ferien gerundet 10.64% ( $52 - 5 = 47$ , davon 5 Wochen =  $5/47 = 100 : 47 * 5 = 10.638\%$ ).

## Sonderfragen

### ■ Krankheit während den Ferien

Die Behandlung von Krankheitstagen während der Ferien richtet sich danach, ob die arbeitnehmende Person ferienunfähig ist oder nicht, was nicht gleichbedeutend mit arbeitsunfähig sein muss. So wird gesagt, kleinere Verletzungen oder ein kürzeres Unwohlsein beeinträchtigen die Ferienfähigkeit nicht. Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit muss sich die arbeitnehmende Person richtigerweise zwischen ihrer Arbeitsunfähigkeit und ihrer Erholungsfähigkeit entscheiden. Fehlt Letztere, so kann sie nicht in die Ferien gehen, sondern muss die hälftige Arbeitsleistung erbringen. Somit verlängert sich bei 50-prozentiger Arbeitsunfähigkeit der Ferienanspruch nicht entsprechend, sondern es gibt nur die Alternativen des vollen Ferienbezugs und teilweiser Arbeit.

### ■ Verjährung des Ferienanspruch

In der juristischen Lehre ist strittig, wann der Ferienanspruch verjährt. Betrachtet man ihn als periodisch entstehende Leistung, so gilt richtigerweise die fünfjährige Verjährungsfrist für Arbeitnehmerforderungen nach Art. 128 Abs. 1 Ziff. 3 OR<sup>32</sup>. Die frühere Praxis des Bundesgerichts, wonach die Ferien verfallen, die nicht im Laufe des Folgejahres bezogen werden, ist nach einer Änderung von Art. 329c Abs. 1 OR nicht mehr haltbar und inzwischen auch

28 Art 329d Abs. 2 OR → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 19

29 → Serviceteil: Muster, Vertragsklausel: Barabgeltung Ferienentschädigung, S. 32

30 Art. 323 Abs. 1 OR → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 17

31 vgl. Art. 323a Abs. 2 OR, wo nicht mehr als der Lohn für eine Arbeitswoche zurückbehalten werden dürfe → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 17

32 → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 14 Nachtrag: 5 Jahre nun vom Bundesgericht bestätigt, BGer 4A\_333/2009 vom 03.12.2009

ausdrücklich aufgegeben worden<sup>33</sup>. Wird der Restferienanspruch des betreffenden Jahres der arbeitnehmenden Partei am Ende jedes Jahres mitgeteilt, so wird dies in der Praxis als Neubeginn der Verjährungsfrist aufgefasst. Bemessungsperiode für die Ferien ist das Dienstjahr<sup>34</sup> oder, wenn vereinbart, das Kalenderjahr. Fällig, d.h. einforderbar wird die Ferienforderung nach meiner Auffassung dann, wenn alle Arbeitswochen der betreffenden Jahresperiode abgelaufen sind, d.h. bei vier Wochen jährlich nach 48 Arbeitswochen.

## ■ Rückzahlung zuviel bezogener Ferien

Die Rückzahlung zuviel bezogener Ferien ist wie schon erwähnt<sup>35</sup> nur ausnahmsweise möglich. Man begründet dies damit, dass das Vorrecht der Ferienanordnung ja bei der arbeitgebenden Seite liege und diese es in der Hand habe, nicht mehr Ferien im Voraus zu gewähren, als bis zum nächsten Kündigungstermin entstehen können. Werden der arbeitnehmenden Person deutlich mehr Ferientage zugestanden, als sie im Zeitpunkt des Bezugs «verdient» hat, empfiehlt sich eine individuelle Rückzahlungsabrede, wenn man sich arbeitgeberseits eine Rückzahlung vorbehalten will. Ohne eine solche Regelung ist die Rückforderung auf offensichtliche Missbrauchsfälle beschränkt. Zurückgefordert werden kann nach dem gesetzlichen Wortlaut der Ferienlohn dann, wenn während den Ferien sog. «Schwarzarbeit»<sup>36</sup> geleistet wird<sup>37</sup>.

## ■ Ferienkürzung

Aus dem Wortlaut von Art. 329b Abs. 1 + 2 OR<sup>38</sup> wird gefolgert, dass jeweils nur ein voller Monat einer Verhinderung zu einer Ferienkürzung von 1/12 des jährlichen Ferienanspruchs führt, d.h. dass angebrochene Monate nicht zählen. Überdies gibt es Karenzzeiten, bei denen noch keine Ferienkürzung ausgelöst wird. Bei Verhinderung infolge Krankheit, Unfall, gesetzlicher Pflichten bleibt gemäss Abs. 2 der Bestimmung der erste Monat ohne Folgen, und eine Kürzung um 1/12 (und nicht um zwei) erfolgt erst nach zwei vollen Monaten. Bei Arbeitsverhinderung infolge Schwangerschaft beträgt die Karenzfrist sogar 2 Monate, d.h. es braucht drei volle Monate für eine Ferienkürzung; die Mutterschaft führt seit Mitte 2005 nicht mehr zu einer Ferienkürzung<sup>39</sup>. Absatz 1 von Art. 329b OR ist nicht zwingend, d.h. bei verschuldeter Verhinderung kann auch eine andere Kürzungsregelung vereinbart werden. Eine bloss teilweise Arbeitsunfähigkeit wird nach einer überzeugenden Praxis des Zürcher Arbeitsgerichts<sup>40</sup> addiert und auf Monate mit gänzlicher Arbeitsunfähigkeit umgerechnet<sup>41</sup>. Erst wenn diese umgerechnete Zeit zwei Monate erreicht, wäre eine Kürzung möglich. Massgebende Periode für die Dauer der unverschuldeten Verhinderung ist das Dienstjahr<sup>42</sup>. Reicht eine Verhinderung über das Dienstjahr hinaus, so gibt es wieder eine neue Karenzfrist und es müssen zum Beispiel bei Krankheit auch im neuen Dienstjahr wieder volle zwei Monate der Verhinderung vorliegen, damit der Ferienanspruch überhaupt gekürzt werden kann.

33 BGE 130 III 19, <http://relevancy.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE-130-III-19&lang=de&zoom=OUT>

34 Art. 329a Abs. 1 OR, → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 18

35 → vorstehend S. 3

36 gemeint ist insbesondere eine konkurrenzierende Tätigkeit

37 Abs. 3 von Art. 329d OR → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 19

38 → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 19

39 Art. 329b Abs. 3 OR → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 19, vgl. zur Mutterschaft die Ausführungen bei Fussnote 4, vorstehend S. 2

40 Blätter für zürcherische Rechtsprechung ZR 97/1998 Nr. 69

41 d.h. 4 Monate zu 25% entsprechen einem vollen Monat zu 100% Arbeitsunfähigkeit

42 was empfiehlt, eine ausdrückliche Vereinbarung zu treffen, wenn stattdessen auf das Kalenderjahr abgestellt werden soll

## Freistellung

### Begriff der Freistellung

Freistellung<sup>43</sup> ist die freiwillige Entbindung von Arbeitnehmenden von ihrer Arbeitspflicht durch die arbeitgebende Partei, ohne dass der Lohnanspruch dahin fällt. Natürlich kann eine Freistellung auch unter den Arbeitsvertragsparteien vereinbart werden.

Die Freistellung ist im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht nicht gesetzlich geregelt. Man findet diesen Begriff in den entsprechenden Bestimmungen<sup>44</sup> des Obligationenrechts nicht. Die Praxis zur Freistellung ist damit vorwiegend in Entscheiden und in der juristischen Literatur zu suchen. Eine passende Gesetzesvorschrift gibt es allerdings im Zusammenhang mit der Freistellung: Art. 324 Abs. 2 OR<sup>45</sup> regelt die Anrechnung von Ersatzverdienst während der Freistellungs-dauer.

Die Freistellung liegt im Ermessen der arbeitgebenden Partei, d.h. Arbeitnehmende haben keinen Rechtsanspruch darauf. Erfahrungsgemäss werden Verkaufsmitarbeitende und häufig auch Kaderpersonal nach erfolgter Kündigung des Arbeitsvertrags freigestellt. Freistellungen vor einer Kündigung sind eher selten. Sie drängen sich zum Beispiel dann auf, wenn sich irgendwelche Verdachtsmomente gegenüber der arbeitnehmenden Person ergeben haben, die noch nicht genügend geklärt sind, die es aber rechtfertigen, jemanden vorübergehend «aus dem Verkehr zu ziehen».

Es steht den Parteien im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit und der zwingenden gesetzlichen Bestimmungen frei, die Voraussetzungen einer Freistellung und auch deren Modalitäten vorgängig vertraglich zu regeln. Solche Klauseln trifft man gelegentlich in Arbeitsverträgen an. Häufig sind sie dann tendenziell arbeitgeberfreundlich formuliert.

Der Nachweis der Freistellung liegt auf Arbeitnehmerseite, weil das Austauschverhältnis Arbeit gegen Lohn nicht mehr spielt und die Voraussetzungen, weshalb trotz fehlender Arbeit Lohn geschuldet ist, im Sinne einer Ausnahme von der Regel zu belegen sind. Gelingt der Beweis der Freistellung nicht, laufen Arbeitnehmende Gefahr, ihren Lohnanspruch zu verlieren, weil sie ja nicht zur Arbeit erschienen sind. Ein vorsichtiger Arbeitnehmer wird sich daher nie mit einer mündlichen Freistellungserklärung unter vier Augen zufrieden geben, sondern eine schriftliche Bestätigung verlangen, dass er nicht mehr zur Arbeit zu erscheinen hat. Wird eine solche Bestätigung in Aussicht gestellt, aber nicht sofort geliefert, empfiehlt sich für die arbeitnehmende Partei, ihrerseits eine schriftliche Bestätigung der mündlich erklärten Freistellung an die arbeitgebende Seite zu richten.

Freistellungen können vorbehaltlos sein und mit sofortiger Wirkung von der Arbeitspflicht entbinden. Sie lassen sich – da sie eine Folge des Arbeitgeber-Weisungsrechts<sup>46</sup> sind – aber auch mit Bedingungen verknüpfen, die jedoch nicht schikanös sein dürfen<sup>47</sup>.

### Vorgehen bei einer Freistellung

Freigestellte Arbeitnehmer werden in der Praxis vielfach vom Freistellungsentscheid – und der damit häufig verbundenen Kündigung – überrascht. Sie reagieren nicht selten emotional und verweigern dann die Kooperation. Sie weigern sich dann auch etwa, die Freistellungserklärung anzunehmen. Gelegentlich wird eine Freistellung auch wie eine fristlose Entlassung verstanden und Arbeitnehmende argumentieren dann, sie hätten sich nichts zuschulden lassen kommen. Dieser besonderen Situation tragen Arbeitgebende mit Vorteil Rechnung. Freistellungen sind seriös vorzubereiten und aus Arbeitgebersicht am Besten anhand eines Drehbuches vorzubereiten. Dies erlaubt, die zu erwartende Reaktion auf Arbeitnehmerseite besser abzuschätzen.

43 gelegentlich auch Suspendierung genannt

44 Art. 319 – 362 OR, SR 220, <http://www.admin.ch/ch/d/sr/c220.html>

45 → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 17

46 Art. 321d Abs. 1 OR → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 16

47 vgl. dazu Abs. 2 von Art. 321d, wonach – als Umkehrschluss – gegen Treu und Glauben verstossende Weisungen nicht zu befolgen sind



Eine Freistellung wird häufig mündlich eröffnet und gleichzeitig mittels Brief bestätigt. Dabei wird der arbeitnehmenden Person meist eine Empfangsbestätigung abverlangt. Diese soll mit Vorteil so formuliert sein, dass nicht der Eindruck aufkommen kann, mit der Unterschrift werde irgendetwas anerkannt oder akzeptiert. Häufig hilft ein ausformulierter Satz<sup>48</sup> oder der Hinweis, man könne ja notieren, wenn man mit der Erklärung nicht einverstanden sei. Dies schadet nichts, weil die Freistellungserklärung ja ohnehin einseitig ist.

Mit der Freistellung wird häufig eine Abnahme der Schlüssel, eine sofortige Abnabelung vom Computernetz, die Rücknahme von Telefon- und Kreditkarten und das Zusammenräumen der privaten Gegenstände verbunden. Dies soll in würdiger Form geschehen, was geeignet ist, spätere Auseinandersetzungen zu vermeiden.

Zu einer Freistellungserklärung gehören arbeitgeberseits die Anordnungen, wie weit man noch auf die mitarbeitende Person zurückgreifen will. Stellt man vorbehaltlos frei, wird es schwierig, nachträglich noch etwas verlangen zu können. Umgekehrt ist die Anordnung, jemand müsse sich dauernd zur Verfügung halten, nicht ausgesprochen sinnvoll, vor allem dann nicht, wenn noch Zeitguthaben in der Freistellungszeit zu konsumieren sind. Ein Muster einer Freistellungserklärung findet sich im Anhang<sup>49</sup>. Möglich wäre, diese Modalitäten im Rahmen einer Vereinbarung festzulegen, was möglicherweise eine grössere Akzeptanz der Freistellung zur Folge haben könnte, was dann aber keinen Sinn macht, wenn die arbeitnehmende Person von der Freistellung überrascht wird.

Verweigert die arbeitnehmende Person die Annahme der Kündigung oder Freistellungserklärung, muss die Vorlegung des Dokuments von Zeugen bestätigt werden<sup>50</sup>. Ein vorsichtiger Arbeitgeber wird es dann zusätzlich noch per Post zustellen und dabei auf die verweigernde Annahme und darauf hinweisen, dass die Kündigungserklärung gültig erfolgt sei. Weniger geschickt wäre, wie man es in der Praxis etwa antrifft, die Kündigung nochmals zu wiederholen, womit unklar würde, welches die massgebende Kündigungserklärung ist.

## Lohnanspruch von Freigestellten

Genau wie beim Ferienlohn<sup>51</sup> haben freigestellte Arbeitnehmende Anspruch auf das, was sie ohne die Freistellung verdient hätten. Dies lässt sich auch aus Art. 324 Abs. 1 OR<sup>52</sup> ableiten und gilt auch für erfolgsabhängige Lohnbestandteile wie Provision oder Anteil am Geschäftsergebnis. Denn durch die Freistellung verhindert die arbeitgebende Seite ja selbst, dass die Arbeitnehmenden ihre Leistung unter Beweis stellen können. Lohnkürzungen nach der Freistellung sind somit nicht rechtmässig.

Anzurechnen ist allerdings, was die freigestellte Person durch den Wegfall ihrer Arbeitspflicht erspart, was insbesondere für gewisse Essens- und Transportspesen gelten muss.

Neben dem bisherigen Lohn haben Freigestellte auch weiterhin Anspruch auf ihre Fringe benefits, was gelegentlich vergessen wird. Durfte beispielsweise das Auto vorher kostenlos privat genutzt werden, muss dies auch während der Freistellung gelten. Differenzen darüber sind in der Praxis häufig. Wird das unentgeltlich privat nutzbare Auto weggenommen, so begründet dies einen Ersatzanspruch der arbeitnehmenden Person.

48 Wie «Ich bestätige den heutigen Empfang dieses Schreibens.»

49 → Serviceteil: Muster, Vorlage: Freistellung, S. 32

50 → Serviceteil: Muster, Vorlage: Empfangsbestätigung bei Weigerung zur Unterzeichnung, S. 33

51 → vorstehend unter «Ferienlohn», S. 19

52 → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 17

## Anrechnung von Ersatzverdienst

Seit einem Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahr 1992<sup>53</sup> ist klar, dass sich freigestellte Arbeitnehmende einen allfälligen Ersatzverdienst auch dann anrechnen lassen müssen, wenn dies die Arbeitgeberseite nicht einmal explizit verlangt. In einer schwer nachvollziehbaren Begründung hat sich das Bundesgericht analog auf Abs. 2 von Art. 337c OR<sup>54</sup> gestützt, der die Folgen einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung bestimmt. Richtig wäre nach Meinung der juristischen Lehre dagegen die Anwendung von Art. 324 Abs. 2 OR<sup>55</sup> gewesen, der praktisch gleich lautet wie der 2. Absatz von Art. 337c OR. Im Resultat kommt es deshalb auch Gleiche heraus.

Nach der Praxis zu Art. 324 OR müssen Arbeitnehmende, die sich auf diese Bestimmung berufen wollen, die Arbeit anbieten. Deshalb wollte das Bundesgericht diese Vorschrift auch nicht auf den Fall der Freistellung angewandt haben. Inzwischen steht in der Lehre einigermaßen klar fest, dass die freigestellte arbeitnehmende Person die Arbeit nicht anbieten muss, um dennoch Lohn zu erhalten. Schaden tut ein Protest gegen die Freistellung allerdings nicht und vorsichtige Arbeitnehmende werden auch noch ihre Arbeitskraft anbieten, auf die man ja verzichtet hat. Nicht so klar ist die Rechtslage dann, wenn sich das Arbeitsverhältnis einer freigestellten Person aufgrund des zeitlichen Kündigungsschutzes<sup>56</sup> über den ursprünglich geltenden Kündigungstermin hinaus verlängert. Für diesen Fall empfehle ich ein Arbeitsangebot. Hat dieser Kündigungsschutz eine deutliche Verlängerung des Arbeitsverhältnisses und damit der Freistellung zur Folge, soll die arbeitgebende Partei berechtigt sein, auf den Freistellungsentscheid zurückzukommen.

Nicht restlos geklärt ist, ob freigestellte Arbeitnehmende verpflichtet sind, unaufgefordert allfälligen Ersatzverdienst zu melden. Aufgrund dieser Rechtslage empfiehlt sich jedenfalls aus Arbeitgebersicht eine entsprechende Aufforderung in der Freistellungserklärung.

Art. 324 Abs. 2 und 337c Abs. 2 OR bilden nicht nur eine Grundlage für die Anrechnung des effektiv erzielten Ersatzverdienstes, sondern geben auch vor, dass absichtlich unterlassener Ersatzverdienst anrechenbar ist. Was dies bedeutet, ist natürlich Auslegungsfrage und entsprechend schwierig wird die Prognose, wie ein diesbezüglicher Ermessensentscheid eines Richters lauten könnte. Klar ist, dass freigestellte Arbeitnehmende wegen dieser Vorschrift nicht die erstbeste Stelle annehmen müssen, sondern sich Zeit zur Suche nach etwas Passendem nehmen dürfen. Auch wird in der Regel nicht die Annahme einer Temporärarbeit erwartet. Bleiben sie aber gänzlich untätig und passiv, laufen sie Gefahr, dass der Richter einen hypothetischen, nicht erworbenen Verdienst vom Lohnanspruch gegenüber dem bisherigen Arbeitgebenden in Abzug bringt. Freigestellte tun deshalb gut daran, ihre Suchbemühungen zu dokumentieren. Das gilt vor allem dann, wenn in einer Branche einige Stellen offen sind. Nicht geklärt ist die Frage, ob eine Stellensuchpflicht auch dann besteht, wenn die Freistellung sehr lange dauert, weil sie entweder lange vor Vertragsabschluss erklärt wurde oder sehr lange Kündigungsfristen gelten. Würde man dann bei einer freigestellten Person über den Weg des absichtlich unterlassenen Verdienstes eine Stellensuchpflicht annehmen, so käme dies nur der arbeitgebenden Seite zugute, die sich auf solche Weise einer langen Dauer bis zum Vertragsende entledigen könnte. Dies wiederum erscheint als ein Verstoß gegen die Kündigungsparität, d.h. gegen Art. 335a Abs. 1 OR<sup>57</sup>, der ungleich lange Kündigungsfristen verbietet.

Mit dem Antritt einer neuen Stelle ist das bisherige Arbeitsverhältnis nicht automatisch terminiert, weil ja denkbar ist, dass die neue Stelle finanziell weniger bringt oder sich noch in der Probezeit als ungeeignet erweist. Deshalb sollen aus Arbeitnehmersicht die Brücken zur bisherigen arbeitgebenden Partei nicht allzu rasch abgebrochen werden. Bestehen zwei Arbeitsverhältnisse nebeneinander, gibt es allerdings sozialversicherungsrechtlichen Koordinationsbedarf.

53 BGE 118 II 139 E. 1b S. 141, zitiert im Entscheid BGE 128 III 271 → Serviceteil: Entscheid, nachstehend S. 23 ff, dort Erwägung 4. a. bb, S. 29

54 → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 20

55 → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 17

56 vgl. Art. 336c OR → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 20

57 → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 20

## Zeitguthaben (Ferien, Mehrstunden)

Haben freigestellte Arbeitnehmende noch Zeitguthaben, stellt sich die Frage, ob diese in der Freistellungszeit zu kompensieren sind. Dabei ist zwischen Ferien und Mehrstunden zu unterscheiden.

Bei den Ferien stehen der Erholungszweck und das Barabgeltungsverbot<sup>58</sup> im Vordergrund und sprechen für eine Kompensation. Bei den Mehrstunden ist zu fragen, was bezüglich der Kompensation vereinbart ist, da Art. 321c Abs. 2 OR<sup>59</sup> eine Zeitkompensation nur «im Einverständnis mit dem Arbeitnehmer» vorsieht und da ohne dieses Einverständnis die Geldentschädigung mit einem Zuschlag von 25% die gesetzliche Regel ist. Ausser in klar missbräuchlichen Fällen, ist eine freigestellte Person nicht verpflichtet, einer Kompensation ihrer Mehrstunden während der Freistellung zuzustimmen, sondern sie kann die Auszahlung samt Zuschlag verlangen, wenn sie nicht früher einer Zeitkompensation zugestimmt hat.

Bezüglich der Anrechnung von Ferien gibt es eine ganze Palette von Entscheiden, welche sich am Verhältnis der Freistellungsdauer zur Anzahl der offenen Ferientage im Einzelfall orientieren. Übersteigt die Freistellungsdauer die Feriendauer klar, so werden sich Arbeitnehmende eine Kompensation gefallen lassen müssen, ausser sie wären derart mit der Stellensuche absorbiert, dass ein Ferienbezug nicht möglich ist. Keine Anrechnung von Ferien ist auch dann möglich, wenn die freigestellte Person erkrankt und nicht erholungsfähig ist. Mit dem Entscheid BGE 128 III 271<sup>60</sup> scheint die Praxis eher wieder strenger geworden zu sein und hat sich zum Nachteil der Arbeitnehmenden entwickelt. Gewisse Anhaltspunkte wo die Grenze liegen kann, geben die bisherigen Faustregeln, wonach eine Anrechnung zugelassen wurde, wenn das Ferienguthaben nicht mehr als ein Drittel bis die Hälfte der Freistellungszeit betrug.

## Sonderfragen

### ■ Beschäftigungspflicht und Stellenantrittsverbot

Auch bei der Beschäftigungspflicht, d.h. bei der Frage, ob die freigestellte arbeitnehmende Person ein Recht hat, wie bisher arbeiten zu dürfen, scheiden sich die Geister der Gelehrten. Obwohl vor allem Arbeitnehmende mit Kundenkontakt ein grosses Interesse an einer Weiterbeschäftigung haben können, sind die Fälle, wo man eine Beschäftigungspflicht der arbeitgebenden Partei annimmt, sehr selten. Man spricht etwa von Berufspiloten, die ihre Lizenz verlieren könnten, von Chirurgen, denen die Fingerfertigkeit verlustig geht oder allenfalls noch von Bühnenkünstlern, denen man einen Beschäftigungsanspruch zubilligen könnte. Wie die Verletzung der Beschäftigungspflicht kann das Verbot, vor Ablauf des Arbeitsvertrags eine neue Stelle anzunehmen, eine Persönlichkeitsverletzung darstellen. Solche Anordnungen sind aus Konkurrenzgründen im Bankensektor, speziell im Private Banking, etwa anzutreffen.

### ■ Rücknahme der Freistellungserklärung

Diskutiert wird gelegentlich, ob eine einmal ausgesprochene Freistellung zurückgenommen werden kann. Dies wird jedenfalls dann bejaht, wenn unvorhergesehene Umstände wie eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses aufgrund des zeitlichen Kündigungsschutzes dazu kommen. War die Freistellung vorbehaltlos, so ist die arbeitnehmende Person im Vertrauen auf die Richtigkeit dieser Erklärung zu schützen, zumal das Vertrauensverhältnis durch eine Freistellung häufig leidet. Faktisch sind aber auch viele Arbeitgebende nicht bereit, auf den einmal ausgesprochenen Freistellungsentscheid zurückzukommen, sondern sie wollen die freigestellte Person möglichst nicht mehr in ihren Räumen sehen.

### ■ Treuepflicht

Mit der Freistellung mag die Arbeitnehmer-Treuepflicht zwar etwas gemindert sein, fällt aber nicht gänzlich weg. Dies bedeutet, dass auch freigestellte Arbeitnehmende alles zu unterlassen haben, was ihren Arbeitgebenden schaden könnte. Heikel sind also aktive Abwerbungen von Mitarbeitenden für ein späteres Konkurrenzunternehmen durch die freigestellte Person.

58 Art. 329d Abs. 2 OR → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 19

59 → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 16

60 → Serviceteil: Entscheid, nachstehend S. 23 ff, dort Erwägung 4. a. cc, S. 30

## ■ Konkurrenzverbot

Nicht geklärt ist letztlich auch die Frage, ob Freigestellte noch während der Dauer ihres bisherigen Arbeitsverhältnisses konkurrenzieren dürfen, wenn sie nicht an ein nachvertragliches Konkurrenzverbot nach Art. 340 OR gebunden sind. Gibt es kein solches schriftliches Konkurrenzverbot, so liegt das Spannungsfeld in der Stellensuchpflicht der Freigestellten einerseits und ihrer Treuepflicht andererseits, denn die Treuepflicht umfasst auch das Verbot der Konkurrenzierung während des laufenden Arbeitsverhältnisses<sup>61</sup>. Die Arbeit von Blesi über die Freistellung des Arbeitnehmers<sup>62</sup> spricht einer liberalen Regelung das Wort und tendiert – immer wenn es kein nachvertragliches Konkurrenzverbot gibt – auf eine Zulassung der Konkurrenzierung, weil mit dem Antritt einer neuen Stelle ja auch die Lohnzahlungspflicht im Umfang der neuen Bezüge entfällt. Faktisch bliebe dem alten Arbeitgeber in einem solchen Fall nur eine Schadenersatzforderung, weil die fristlose Auflösung des bisherigen Vertrags nicht mehr viel bringt, wenn die arbeitnehmende Person bereits einen neuen eingegangen ist und dort etwa gleichviel oder sogar mehr verdient.

## Serviceteil: Statistik

### Ferien

Ferienwochen pro Jahr der Vollzeitarbeitnehmenden im Alter von 15 bis 64 Jahren nach Altersgruppen und Wirtschaftsabschnitten, ständige Wohnbevölkerung,<sup>63</sup>

	im Jahr 2006
Altersklassen	
15–20 Jahre	4.4
21–49 Jahre	4.8
50–64 Jahre	5.6
<b>Total</b>	<b>5.0</b>
Wirtschaftszweige	
Land- und Forstwirtschaft	4.0
Verarbeitendes Gewerbe	4.8
Baugewerbe	4.5
Handel/Reparaturgewerbe	4.6
Gastgewerbe	4.6
Verkehr und Nachrichtenübermittlung	4.9
Kredit- und Versicherungsgewerbe	5.1
Immobilien, Vermietung, Informatik, F&E	4.6
Öffentliche Verwaltung/externe Körperschaften	4.9
Unterrichtswesen	8.6
Gesundheits- u. Sozialwesen	4.8
Sonstige Dienstleistungen/private Haushalte	4.6
<b>Total</b>	<b>5.0</b>

Durchschnittliche Anzahl bezahlter Ferienwochen pro Jahr gemäss Arbeitsvertrag. Vollzeitarbeitnehmende (ohne Lehrlinge) mit befristetem Vertrag von mindestens 13 Monaten oder unbefristetem Arbeitsverhältnis.

### Freistellung

Statistische Zahlen zur Freistellung waren mit vernünftigen Aufwand nicht zu finden.

61 Art. 321a Abs. 3 OR → Serviceteil: Gesetze, OR, S. 15

62 → Literatur, S. 31 nachstehend

63 Quelle: Bundesamt für Statistik, Schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE), Thema 03 – Arbeit, Erwerb/Übersicht/Das Thema von A bis Z <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/02/blank/data/03.Document.64083.xls>

## Serviceteil: Gesetze

### OR

#### *Schweizerisches Obligationenrecht (OR, SR 220<sup>64</sup>, Stand 01.05.2007)*

*Auszug*

#### Dritter Titel: Das Erlöschen der Obligationen

##### Erster Abschnitt: Der Einzelarbeitsvertrag

#### G. Verjährung

##### I. Fristen

###### 1. Zehn Jahre

#### **Art. 127**

Mit Ablauf von zehn Jahren verjähren alle Forderungen, für die das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt.

###### II. Fünf Jahre

#### **Art. 128**

Mit Ablauf von fünf Jahren verjähren die Forderungen:

1. für Miet-, Pacht- und Kapitalzinse sowie für andere periodische Leistungen;
2. aus Lieferung von Lebensmitteln, für Beköstigung und für Wirtsschulden;
3. aus Handwerksarbeit, Kleinverkauf von Waren, ärztlicher Besorgung, Berufsarbeiten von Anwälten, Rechtsagenten, Prokuratoren und Notaren sowie aus dem Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern.

###### 3. Unabänderlichkeit der Fristen

#### **Art. 129**

Die in diesem Titel aufgestellten Verjährungsfristen können durch Verfügung der Beteiligten nicht abgeändert werden

###### 4. Beginn der Verjährung

###### a. Im Allgemeinen

#### **Art. 130**

<sup>1</sup> Die Verjährung beginnt mit der Fälligkeit der Forderung.

<sup>2</sup> Ist eine Forderung auf Kündigung gestellt, so beginnt die Verjährung mit dem Tag, auf den die Kündigung zulässig ist.

#### IV. Unterbrechung der Verjährung

##### 1. Unterbrechungsgründe

###### a. Im Allgemeinen

#### **Art. 135**

Die Verjährung wird unterbrochen:

<sup>1</sup> durch Anerkennung der Forderung von seiten des Schuldners, namentlich auch durch Zins- und Abschlagszahlungen, Pfand und Bürgschaftsbestellung;

<sup>2</sup> durch Schuldbetreibung, durch Klage oder Einrede vor einem Gerichte oder Schiedsgericht sowie durch Eingabe im Konkurse und Ladung zu einem amtlichen Sühneversuch.

###### 3. Beginn einer neuen Frist

###### a. Bei Anerkennung und Urteil

#### **Art. 137**

<sup>1</sup> Mit der Unterbrechung beginnt die Verjährung von neuem.

<sup>2</sup> Wird die Forderung durch Ausstellung einer Urkunde anerkannt oder durch Urteil des Richters festgestellt, so ist die neue Verjährungsfrist stets die zehnjährige.

<sup>64</sup> <http://www.admin.ch/ch/d/sr/c220.html>

b. Bei Handlungen des Gläubigers

**Art. 138**

<sup>1</sup> Wird die Verjährung durch eine Klage oder Einrede unterbrochen, so beginnt im Verlaufe des Rechtsstreites mit jeder gerichtlichen Handlung der Parteien und mit jeder Verfügung oder Entscheidung des Richters die Verjährung von neuem.

<sup>2</sup> Erfolgt die Unterbrechung durch Schuldbetreibung, so beginnt mit jedem Betreibungsakt die Verjährung von neuem.

<sup>3</sup> Geschieht die Unterbrechung durch Eingabe im Konkurse, so beginnt die neue Verjährung mit dem Zeitpunkte, in dem die Forderung nach dem Konkursrechte wieder geltend gemacht werden kann.

VII. Verzicht auf die Verjährung

**Art. 141**

1 Auf die Verjährung kann nicht zum voraus verzichtet werden.

2 + 3 ...

VIII. Geltendmachung

**Art. 142**

Der Richter darf die Verjährung nicht von Amtes wegen berücksichtigen.

**Zehnter Titel: Der Arbeitsvertrag**

**Erster Abschnitt: Der Einzelarbeitsvertrag**

A. Begriff und

Entstehung

I. Begriff

**Art. 319**

<sup>1</sup> Durch den Einzelarbeitsvertrag verpflichtet sich der Arbeitnehmer auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes, der nach Zeitabschnitten (Zeitlohn) oder nach der geleisteten Arbeit (Akkordlohn) bemessen wird.

<sup>2</sup> Als Einzelarbeitsvertrag gilt auch der Vertrag, durch den sich ein Arbeitnehmer zur regelmässigen Leistung von stunden-, halbtage- oder tageweiser Arbeit (Teilzeitarbeit) im Dienst des Arbeitgebers verpflichtet.

II. Entstehung

**Art. 320**

<sup>1</sup> Wird es vom Gesetz nicht anders bestimmt, so bedarf der Einzelarbeitsvertrag zu seiner Gültigkeit keiner besonderen Form.

<sup>2</sup> Er gilt auch dann als abgeschlossen, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist.

<sup>3</sup> Leistet der Arbeitnehmer in gutem Glauben Arbeit im Dienste des Arbeitgebers auf Grund eines Arbeitsvertrages, der sich nachträglich als ungültig erweist, so haben beide Parteien die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis in gleicher Weise wie aus gültigem Vertrag zu erfüllen bis dieses wegen Ungültigkeit des Vertrages vom einen oder andern aufgehoben wird.

B. Pflichten des Arbeitnehmers

I. Persönliche Arbeitspflicht

**Art. 321**

Der Arbeitnehmer hat die vertraglich übernommene Arbeit in eigener Person zu leisten, sofern nichts anderes verabredet ist oder sich aus den Umständen ergibt.

## II. Sorgfalts und Treuepflicht

**Art. 321a**

<sup>1</sup> Der Arbeitnehmer hat die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren.

<sup>2</sup> ...

<sup>3</sup> Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses darf der Arbeitnehmer keine Arbeit gegen Entgelt für einen Dritten leisten, soweit er dadurch seine Treuepflicht verletzt, insbesondere den Arbeitgeber konkurrenziert.

<sup>4</sup> Der Arbeitnehmer darf geheim zu haltende Tatsachen, wie namentlich Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, von denen er im Dienst des Arbeitgebers Kenntnis erlangt, während des Arbeitsverhältnisses nicht verwerthen oder anderen mitteilen; auch nach dessen Beendigung bleibt er zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit es zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist.

## IV. Überstundenarbeit

**Art. 321c**

<sup>1</sup> Wird gegenüber dem zeitlichen Umfang der Arbeit, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist, die Leistung von Überstundenarbeit notwendig, so ist der Arbeitnehmer dazu soweit verpflichtet, als er sie zu leisten vermag und sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann.

<sup>2</sup> Im Einverständnis mit dem Arbeitnehmer kann der Arbeitgeber die Überstundenarbeit innert eines angemessenen Zeitraumes durch Freizeit von mindestens gleicher Dauer ausgleichen.

<sup>3</sup> Wird die Überstundenarbeit nicht durch Freizeit ausgeglichen und ist nichts anderes schriftlich verabredet oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt, so hat der Arbeitgeber für die Überstundenarbeit Lohn zu entrichten, der sich nach dem Normallohn samt einem Zuschlag von mindestens einem Viertel bemisst.

## V. Befolgung von Anordnungen und Weisungen

**Art. 321d**

<sup>1</sup> Der Arbeitgeber kann über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb oder Haushalt allgemeine Anordnungen erlassen und ihnen besondere Weisungen erteilen.

<sup>2</sup> Der Arbeitnehmer hat die allgemeinen Anordnungen des Arbeitgebers und die ihm erteilten besonderen Weisungen nach Treu und Glauben zu befolgen.

## C. Pflichten des Arbeitgebers

**Art. 322**

## I. Lohn

<sup>1</sup> Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer den Lohn zu entrichten, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist.

## 1. Art und Höhe im Allgemeinen

<sup>2</sup> ...

## 2. Anteil am Geschäftsergebnis

**Art. 322a**

<sup>1</sup> Hat der Arbeitnehmer vertraglich Anspruch auf einen Anteil am Gewinn oder am Umsatz oder sonst am Geschäftsergebnis, so ist für die Berechnung des Anteils das Ergebnis des Geschäftsjahres massgebend, wie es nach den gesetzlichen Vorschriften und allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen festzustellen ist.

<sup>2+3</sup> ...

3. Provision  
a. Entstehung

**Art. 322b**

<sup>1</sup> Ist eine Provision des Arbeitnehmers auf bestimmten Geschäften verabredet, so entsteht der Anspruch darauf, wenn das Geschäft mit dem Dritten rechtsgültig abgeschlossen ist.

<sup>2</sup> Bei Geschäften mit gestaffelter Erfüllung sowie bei Versicherungsverträgen kann schriftlich verabredet werden, dass der Provisionsanspruch auf jeder Rate mit ihrer Fälligkeit oder ihrer Leistung entsteht.

<sup>3</sup> Der Anspruch auf Provision fällt nachträglich dahin, wenn das Geschäft vom Arbeitgeber ohne sein Verschulden nicht ausgeführt wird oder wenn der Dritte seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt; bei nur teilweiser Erfüllung tritt eine verhältnismässige Herabsetzung der Provision ein.

4. Gratifikation

**Art. 322d**

<sup>1</sup> Richtet der Arbeitgeber neben dem Lohn bei bestimmten Anlässen, wie Weihnachten oder Abschluss des Geschäftsjahres, eine Sondervergütung aus, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch darauf, wenn es verabredet ist.

<sup>2</sup> Endigt das Arbeitsverhältnis, bevor der Anlass zur Ausrichtung der Sondervergütung eingetreten ist, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf einen verhältnismässigen Teil davon, wenn es verabredet ist.

II. Ausrichtung des Lohnes

1. Zahlungsfristen und -termine

**Art. 323**

<sup>1</sup> Sind nicht kürzere Fristen oder andere Termine verabredet oder üblich und ist durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag nichts anderes bestimmt, so ist dem Arbeitnehmer der Lohn Ende jedes Monats auszurichten.

<sup>2+3</sup> ...

<sup>4</sup> Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer nach Massgabe der geleisteten Arbeit den Vorschuss zu gewähren, dessen der Arbeitnehmer infolge einer Notlage bedarf und den der Arbeitgeber billigerweise zu gewähren vermag.

2. Lohnrückbehalt

**Art. 323a**

<sup>1</sup> Sofern es verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist, darf der Arbeitgeber einen Teil des Lohnes zurückbehalten.

<sup>2</sup> Von dem am einzelnen Zahltag fälligen Lohn darf nicht mehr als ein Zehntel des Lohnes und im gesamten nicht mehr als der Lohn für eine Arbeitswoche zurückbehalten werden; jedoch kann ein höherer Lohnrückbehalt durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag vorgesehen werden.

<sup>3</sup> Ist nichts anderes verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt, so gilt der zurückbehaltene Lohn als Sicherheit für die Forderungen des Arbeitgebers aus dem Arbeitsverhältnis und nicht als Konventionalstrafe.



## III. Lohn bei Verhinderung an der Arbeitsleistung

## 1. bei Annahmeverzug des Arbeitgebers

**Art. 324**

<sup>1</sup> Kann die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden oder kommt er aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, so bleibt er zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist.

<sup>2</sup> Der Arbeitnehmer muss sich auf den Lohn anrechnen lassen, was er wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat.

## III. Lohn bei Verhinderung an der Arbeitsleistung

## 2. bei Verhinderung des Arbeitnehmers

## a. Grundsatz

**Art. 324a**

<sup>1</sup> Wird der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert, so hat ihm der Arbeitgeber für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu entrichten, samt einer angemessenen Vergütung für ausfallenden Naturallohn, sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen ist.

<sup>2</sup> Sind durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag nicht längere Zeitabschnitte bestimmt, so hat der Arbeitgeber im ersten Dienstjahr den Lohn für drei Wochen und nachher für eine angemessene längere Zeit zu entrichten, je nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses und den besonderen Umständen.

<sup>3</sup> Bei Schwangerschaft und Niederkunft<sup>65</sup> der Arbeitnehmerin hat der Arbeitgeber den Lohn im gleichen Umfang zu entrichten.

<sup>4</sup> Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann eine von den vorstehenden Bestimmungen abweichende Regelung getroffen werden, wenn sie für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist.

## b. Ausnahmen

**Art. 324b**

<sup>1</sup> Ist der Arbeitnehmer auf Grund gesetzlicher Vorschrift gegen die wirtschaftlichen Folgen unverschuldeter Arbeitsverhinderung aus Gründen, die in seiner Person liegen, obligatorisch versichert, so hat der Arbeitgeber den Lohn nicht zu entrichten, wenn die für die beschränkte Zeit geschuldeten Versicherungsleistungen mindestens vier Fünftel des darauf entfallenden Lohnes decken.

<sup>2</sup> Sind die Versicherungsleistungen geringer, so hat der Arbeitgeber die Differenz zwischen diesen und vier Fünfteln des Lohnes zu entrichten.

<sup>3</sup> Werden die Versicherungsleistungen erst nach einer Wartezeit gewährt, so hat der Arbeitgeber für diese Zeit mindestens vier Fünftel des Lohnes zu entrichten.

<sup>65</sup> gestrichen gemäss Revision vom 3. Okt. 2003, in Kraft seit 1. Juli 2005

## VII. Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers

## 1. im allgemeinen

**Art. 328**

<sup>1</sup> Der Arbeitgeber hat im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Er muss insbesondere dafür sorgen, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht sexuell belästigt werden und dass den Opfern von sexuellen Belästigungen keine weiteren Nachteile entstehen.

<sup>2</sup> Er hat zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sind, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihm billigerweise zugemutet werden kann.

## VIII. Freizeit, Ferien, Urlaub für Jugendarbeit und Mutterschaftsurlaub

## 1. Freizeit

**Art. 329**

<sup>1</sup> Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer jede Woche einen freien Tag zu gewähren, in der Regel den Sonntag oder, wo dies nach den Verhältnissen nicht möglich ist, einen vollen Werktag.

<sup>2</sup> Unter besonderen Umständen können dem Arbeitnehmer mit dessen Zustimmung ausnahmsweise mehrere freie Tage zusammenhängend oder statt eines freien Tages zwei freie Halbtage eingeräumt werden.

<sup>3</sup> Dem Arbeitnehmer sind im Übrigen die üblichen freien Stunden und Tage und nach erfolgter Kündigung die für das Aufsuchen einer anderen Arbeitsstelle erforderliche Zeit zu gewähren.

<sup>4</sup> Bei der Bestimmung der Freizeit ist auf die Interessen des Arbeitgebers wie des Arbeitnehmers angemessen Rücksicht zu nehmen.

## 2. Ferien

## a. Dauer

**Art. 329a**

<sup>1</sup> Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer jedes Dienstjahr wenigstens vier Wochen, dem Arbeitnehmer bis zum vollendeten 20. Altersjahr wenigstens fünf Wochen Ferien zu gewähren.<sup>66</sup>

## b. Kürzung

**Art. 329b**

<sup>1</sup> Ist der Arbeitnehmer durch sein Verschulden während eines Dienstjahres insgesamt um mehr als einen Monat an der Arbeitsleistung verhindert, so kann der Arbeitgeber die Ferien für jeden vollen Monat der Verhinderung um einen Zwölftel kürzen.

<sup>2</sup> Beträgt die Verhinderung insgesamt nicht mehr als einen Monat im Dienstjahr und ist sie durch Gründe, die in der Person des Arbeitnehmers liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten, Ausübung eines öffentlichen Amtes oder Jugendarbeit, ohne Verschulden des Arbeitnehmers verursacht, so dürfen die Ferien vom Arbeitgeber nicht gekürzt werden.

<sup>3</sup> Die Ferien dürfen vom Arbeitgeber auch nicht gekürzt werden, wenn eine Arbeitnehmerin wegen Schwangerschaft bis zu zwei Monaten an der Arbeitsleistung verhindert ist oder weil sie die Mutterschaftsentschädigung im Sinne des Erwerbsersatzgesetzes vom 25. September 1952 (EOG)<sup>67</sup> bezogen hat.

<sup>4</sup> Durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann eine von den Absätzen 2 und 3 abweichende Regelung getroffen werden, wenn sie für den Arbeitnehmer im Ganzen mindestens gleichwertig ist.

<sup>66</sup> in Kraft seit 1. Juli 1984

<sup>67</sup> SR 834.1, [http://www.admin.ch/ch/d/sr/c834\\_1.html](http://www.admin.ch/ch/d/sr/c834_1.html), seit 1. Juli 2005 in Kraft stehende Fassung

## c. Zusammenhang und Zeitpunkt

**Art. 329c**

<sup>1</sup> Die Ferien sind in der Regel im Verlauf des betreffenden Dienstjahres zu gewähren; wenigstens zwei Ferienwochen müssen zusammenhängen.

<sup>2</sup> Der Arbeitgeber bestimmt den Zeitpunkt der Ferien und nimmt dabei auf die Wünsche des Arbeitnehmers soweit Rücksicht, als dies mit den Interessen des Betriebes oder Haushaltes vereinbar ist.

## d. Lohn

**Art. 329d**

<sup>1</sup> Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn und eine angemessene Entschädigung für ausfallenden Naturallohn zu entrichten.

<sup>2</sup> Die Ferien dürfen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden.

<sup>3</sup> Leistet der Arbeitnehmer während der Ferien entgeltliche Arbeit für einen Dritten und werden dadurch die berechtigten Interessen des Arbeitgebers verletzt, so kann dieser den Ferienlohn verweigern und bereits bezahlten Ferienlohn zurückverlangen.

## 3. Urlaub für ausserschulische Jugendarbeit

**Art. 329e**

<sup>1</sup> Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer bis zum vollendeten 30. Altersjahr für unentgeltliche leitende, betreuende oder beratende Tätigkeit im Rahmen ausserschulischer Jugendarbeit in einer kulturellen oder sozialen Organisation sowie für die dazu notwendige Aus- und Weiterbildung jedes Dienstjahr Jugendurlaub bis zu insgesamt einer Arbeitswoche zu gewähren.

<sup>2</sup> Der Arbeitnehmer hat während des Jugendurlaubs keinen Lohnanspruch. Durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann zugunsten des Arbeitnehmers eine andere Regelung getroffen werden.

<sup>3</sup> Über den Zeitpunkt und die Dauer des Jugendurlaubs einigen sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer; sie berücksichtigen dabei ihre beidseitigen Interessen. Kommt eine Einigung nicht zustande, dann muss der Jugendurlaub gewährt werden, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die Geltendmachung seines Anspruches zwei Monate im Voraus angezeigt hat. Nicht bezogene Jugendurlaubstage verfallen am Ende des Kalenderjahres.

<sup>4</sup> Der Arbeitnehmer hat auf Verlangen des Arbeitgebers seine Tätigkeiten und Funktionen in der Jugendarbeit nachzuweisen.

## 4. Mutterschaftsurlaub

**Art. 329f<sup>68</sup>**

Nach der Niederkunft hat die Arbeitnehmerin Anspruch auf einen Mutterschaftsurlaub von mindestens 14 Wochen.

## G. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

**Art. 335**

## II. Unbefristetes Arbeitsverhältnis

<sup>1</sup> Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Vertragspartei gekündigt werden.

## 1. Kündigung im allgemeinen

<sup>2</sup> Der Kündigende muss die Kündigung schriftlich begründen, wenn die andere Partei dies verlangt.

<sup>68</sup> in Kraft seit 1. Juli 2005

2. Kündigungsfristen  
a) im allgemeinen

**Art. 335a**

<sup>1</sup> Für Arbeitgeber und Arbeitnehmer dürfen keine verschiedenen Kündigungsfristen festgesetzt werden; bei widersprechender Abrede gilt für beide die längere Frist.

<sup>2</sup> Hat der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt oder eine entsprechende Absicht kundgetan, so dürfen jedoch durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag für den Arbeitnehmer kürzere Kündigungsfristen vereinbart werden.

III. Kündigungsschutz  
2. Kündigung zur Unzeit  
a. durch den Arbeitgeber

**Art. 336c**

<sup>1</sup> Nach Ablauf der Probezeit darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen:

- a. während die andere Partei schweizerischen obligatorischen Militär- oder Schutzdienst oder schweizerischen Zivildienst leistet, sowie, sofern die Dienstleistung mehr als elf 3 Tage dauert, während vier Wochen vorher und nachher;
- b. während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab zweitem bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen und ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen;
- c. während der Schwangerschaft und in den 16 Wochen nach der Niederkunft einer Arbeitnehmerin;
- d. während der Arbeitnehmer mit Zustimmung des Arbeitgebers an einer von der zuständigen Bundesbehörde angeordneten Dienstleistung für eine Hilfsaktion im Ausland teilnimmt.

<sup>2</sup> Die Kündigung, die während einer der in Absatz 1 festgesetzten Sperrfristen erklärt wird, ist nichtig; ist dagegen die Kündigung vor Beginn einer solchen Frist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt.

<sup>3</sup> Gilt für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Endtermin, wie das Ende eines Monats oder einer Arbeitswoche, und fällt dieser nicht mit dem Ende der fortgesetzten Kündigungsfrist zusammen, so verlängert sich diese bis zum nächstfolgenden Endtermin.

IV. Fristlose Auflösung  
2. Folgen  
a. bei ungerechtfertigter Auflösung

**Art. 337c**

<sup>1</sup> Entlässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund, so hat dieser Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre.

<sup>2</sup> Der Arbeitnehmer muss sich daran anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart hat und was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat.

<sup>3</sup> Der Richter kann den Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, die er nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt; diese Entschädigung darf jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen.

VI. Folgen der Beendigung des  
Arbeitsverhältnisses

## 1. Fälligkeit der Forderungen

**Art. 339**

<sup>1</sup> Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses werden alle Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis fällig.

<sup>2+3</sup> ...

## H. Unverzichtbarkeit und Verjährung

**Art. 341**

<sup>1</sup> Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung kann der Arbeitnehmer auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben, nicht verzichten.

<sup>2</sup> Die allgemeinen Vorschriften über die Verjährung sind auf Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis anwendbar.

I. Vorbehalt und zivilrechtliche  
Wirkungen des öffentlichen Rechts**Art. 342**

<sup>1</sup> Vorbehalten bleiben:

- a. Vorschriften des Bundes, der Kantone und Gemeinden über das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis, soweit sie nicht die Artikel 331 Absatz 5 und 331a–331e betreffen;
- b. öffentlich-rechtliche Vorschriften des Bundes und der Kantone über die Arbeit und die Berufsbildung.

<sup>2</sup> Wird durch Vorschriften des Bundes oder der Kantone über die Arbeit und die Berufsbildung dem Arbeitgeber oder dem Arbeitnehmer eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung auferlegt, so steht der andern Vertragspartei ein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung zu, wenn die Verpflichtung Inhalt des Einzelarbeitsvertrages sein könnte.

## Vierter Abschnitt: Zwingende Vorschriften

A. Unabänderlichkeit zuungunsten des  
Arbeitgebers und des Arbeitnehmers**Art. 361**

<sup>1</sup> Durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag darf von den folgenden Vorschriften weder zuungunsten des Arbeitgebers noch des Arbeitnehmers abgewichen werden:

...

Artikel 321c: Absatz 1 (Überstundenarbeit)

...

Artikel 323: Absatz 4 (Vorschuss)

...

Artikel 329d: Absätze 2 und 3 (Ferienlohn)

...

Artikel 339: Absatz 1 (Fälligkeit der Forderungen)

...

<sup>2</sup> Abreden sowie Bestimmungen von Normalarbeitsverträgen und Gesamtarbeitsverträgen, die von den vorstehend angeführten Vorschriften zuungunsten des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers abweichen, sind nichtig.

B. Unabänderlichkeit zuungunsten des Arbeitnehmers **Art. 362**

<sup>1</sup> Durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag darf von den folgenden Vorschriften zuungunsten des Arbeitnehmers nicht abgewichen werden:

...

Artikel 322: Absätze 1 und 2 (Entstehung des Provisionsanspruchs)

...

Artikel 324: (Lohn bei Annahmeverzug des Arbeitgebers)

Artikel 324a: Absätze 1 und 3 (Lohn bei Verhinderung des Arbeitnehmers)

Artikel 324b: (Lohn bei obligatorischer Versicherung des Arbeitnehmers)

...

Artikel 328: (Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers im allgemeinen)

...

Artikel 329: Absätze 1, 2 und 3 (Freizeit)

Artikel 329a: Absätze 1 und 3 (Dauer der Ferien)

Artikel 329b: Absätze 2 und 3 (Kürzung der Ferien)

Artikel 329c: (Zusammenhang und Zeitpunkt der Ferien)

Artikel 329d: Absatz 1 (Ferienlohn)

Artikel 329e: Absätze 1 und 3 (Jugendurlaub)

Artikel 329f: (Mutterschaftsurlaub)

...

Artikel 336c: (Kündigung zur Unzeit durch den Arbeitgeber)

...

Artikel 337c: Absatz 1 (Folgen bei ungerechtfertigter Entlassung)

...

Artikel 341: Absatz 1 (Unverzichtbarkeit)

...

<sup>2</sup> Abreden sowie Bestimmungen von Normalarbeitsverträgen und Gesamtarbeitsverträgen, die von den vorstehend angeführten Vorschriften zuungunsten des Arbeitnehmers abweichen, sind nichtig.

**ArGV1****Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV1, SR 822.111<sup>69</sup>, Stand 11.05.2004)****Auszug**

2. Abschnitt: Pausen und Ruhezeit  
Wöchentlicher Ruhetag sowie  
Ersatzruhetag für Sonn- und  
Feiertagsarbeit

**Art. 21  
(Art. 18–20 ArG)**

<sup>4</sup> Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen, die sonntags arbeiten, dürfen Sonntage, die in ihre Ferienzeit fallen, nicht an die gesetzlich vorgeschriebenen freien Sonntage angerechnet werden.

**Serviceteil: Entscheid****BGE 128 III 271<sup>70</sup>****BGE 128 III 271****12.02.2002****Schweizerisches Bundesgericht, I. Zivilabteilung  
(4C.57/2001, Berufung)****Arbeitsvertrag; Ferien- und Freitageanspruch, Freistellung (Art. 8 ZGB; Art. 42 Abs. 2, Art. 321c, 324 Abs. 2, Art. 329, 337c Abs. 2 OR).**

Beweislastverteilung bezüglich des Beweises der Anzahl bezogener Ferientage (E. 2a).

Regelbeweismass und analoge Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR (E. 2b).

Verhältnis zwischen der Arbeitsleistung an Feier- oder Freitagen und der Überstundenarbeit (E. 3).

Kompensation nicht bezogener Ferientage mit der Freizeit während der Freistellung (E. 4).

A.- X. arbeitete seit Januar 1992 als Hauswart im Alterswohnheim der Y. Leiterin des Heimes und damit seine Vorgesetzte war seine Ehefrau. Diese schloss am 28. November 1996 mit der Arbeitgeberin eine Vereinbarung, wonach ihr eigenes Arbeitsverhältnis am 30. Juni 1998 enden werde.

Mit Schreiben vom 30. Oktober 1997 stellte die Arbeitgeberin X. unter Hinweis auf ein Gespräch vom 28. Oktober 1997 eine formelle Kündigung mit separatem Brief in Aussicht. Sie teilte ihm zudem mit, dass er per 28. Februar 1998 freigestellt werde. Am 31. Oktober 1997 wurde dem Arbeitnehmer vom Präsidenten der Arbeitgeberin ein mit «Kündigung des Arbeitsverhältnisses» betitelt Schreiben übergeben. Da die Wirksamkeit der Kündigung von der Seite des Arbeitnehmers bestritten wurde, wiederholte die Arbeitgeberin die Kündigung mit Schreiben vom 15. Januar 1998. Am 1. Juli 1998 trat X. eine neue Arbeitsstelle an.

B.- Mit Eingabe vom 23. Dezember 1997 erhob X. Klage gegen die Y. mit dem Antrag, die Beklagte zur Zahlung von CHF 126'592.50 – später erhöht auf CHF 129'900.80 – nebst 5% Zins seit Rechtshängigkeit der Klage zu verpflichten. Das Arbeitsgericht Zürich hiess die Klage mit Urteil vom 15. Dezember 1999 teilweise gut und verpflichtete die Beklagte zur Zahlung von CHF 76'798.75 brutto bzw. (abzüglich 6,55% AHV und ALV) CHF 71'768.45 netto nebst 5% Zins seit 31. Juli 1998; die Beklagte wurde zudem verpflichtet, dem Kläger ein Schlusszeugnis gemäss Zwischenzeugnis vom 12. Februar 1998, ausweisend das Enddatum des Arbeitsverhältnisses mit dem 31. Juli 1998, aus- und zuzustellen.

Auf Berufung der Beklagten und Anschlussberufung des Klägers verpflichtete das Obergericht des Kantons Zürich die Beklagte mit Urteil vom 22. Dezember 2000 zur Zahlung von CHF 18'679.65 brutto bzw. CHF 17'456.15 netto nebst 5% Zins seit 31. Juli 1998. Es nahm sodann Vormerk, dass im Umfang von CHF 10'868.- (Ferienentschädigung) und CHF 12'226.50 (Entschädigung für Frei- und Feiertage) der weitere Anspruch des Klägers durch Kompensation mit Freistellungstagen abgegolten sei, wobei das Nachklagerecht bezüglich des Lohnes pro Juni und Juli 1998 vorbehalten bleibe. Schliesslich bestätigte das Obergericht den erstinstanzlichen Entscheid hinsichtlich der Verpflichtung der Beklagten zur Ausstellung des Arbeitszeugnisses.

Der Kläger hat Berufung eingereicht, die vom Bundesgericht abgewiesen wird.

Aus den Erwägungen:

2.- a) Das Obergericht hat für die Zeit von 1993 bis 1997 einen Ferienanspruch von insgesamt 125 Tagen errechnet. Dazu kommen zehn Tage aus dem Jahre 1992 und 14,58 Ferientage pro rata temporis für das Jahr 1998. Davon ist eine krankheitsbedingte Kürzung des Anspruchs um 4,17 Tage in Abzug zu bringen. Daraus ergibt sich ein Gesamtanspruch von 145,41 Tagen. Soweit ist die Berechnung des Obergerichts unbestritten. Dagegen ist streitig, wie viele Ferientage tatsächlich bezogen worden sind. Während die Beklagte behauptet, der Kläger habe alle Ferientage bezogen, soll nach dessen Vorbringen noch ein Ferientage haben von 91,91 Tagen offen sein.

69 [http://www.admin.ch/ch/d/sr/c822\\_111.html](http://www.admin.ch/ch/d/sr/c822_111.html)

70 <http://relevancy.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE-128-iii-271&lang=de&zoom=OUT>

aa) Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Diese Vorschrift wird als Grundregel der Beweislastverteilung im Privatrecht betrachtet. Daraus ergibt sich nach überwiegender Auffassung, dass grundsätzlich das Verhältnis der anwendbaren materiellen Normen für die Beweislastverteilung massgebend ist. Dieses Verhältnis bestimmt im Einzelfall, ob eine rechtsbegründende, rechtsaufhebende bzw. rechtsvernichtende oder rechtshindernde Tatsache zu beweisen ist (SCHMID, Basler Kommentar, N. 38 zu Art. 8 ZGB; KUMMER, Berner Kommentar, N. 125 zu Art. 8 ZGB). Wer einen Anspruch geltend macht, hat die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen. Demgegenüber liegt die Beweislast für die rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei, welche den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet (SCHMID, a.a.O., N. 42 und 56 zu Art. 8 ZGB; KUMMER, a.a.O., N. 146, 160 und 164 zu Art. 8 ZGB). Zu beachten ist allerdings, dass es sich um eine Grundregel handelt, die einerseits durch abweichende gesetzliche Beweislastvorschriften verdrängt werden kann und andererseits im Einzelfall zu konkretisieren ist (vgl. SCHMID, a.a.O., N. 39 zu Art. 8 ZGB; KUMMER, a.a.O., N. 131 zu Art. 8 ZGB).

Nach der erwähnten Grundregel hat das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu beweisen, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt. Das gilt auch für den Fall, dass die Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten behauptet wird (vgl. BGE 113 II 424 E. 1d). Die Erfüllung der Vertragspflicht hat dagegen jene Partei zu beweisen, welche dies behauptet und damit den Untergang der vertraglichen

Pflicht einwendet (BGE 125 III 78 E. 3b S. 80; 111 II 263 E. 1b; KUMMER, a.a.O., N. 160 f. zu Art. 8 ZGB; SCHWENZER, Schweiz. Obligationenrecht, Allg. Teil, 2. Aufl., Bern 2000, Rz. 76.01). Wird jedoch Schadenersatz wegen Schlechterfüllung verlangt, muss die betreffende Partei neben dem Schaden grundsätzlich auch die Vertragsverletzung und den Kausalzusammenhang zwischen dieser und dem Schaden nachweisen (GUHL/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 31 Rz. 21). Nimmt der Gläubiger eine Leistung vorbehaltlos als Erfüllung an, kehrt sich die Beweislast um und es obliegt nun dieser Partei der Beweis, dass nicht oder nicht richtig erfüllt worden ist (SCHWENZER, a.a.O., Rz. 76.02; GUHL/KOLLER, a.a.O., § 29 Rz. 14).

bb) Die Ferien sind im Gesetz als vertraglicher Leistungsanspruch des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber und nicht als blosser Einschränkung der Leistungspflicht des Arbeitnehmers geregelt. Die Art. 329a bis 329d OR finden sich unter dem Kapitel «C. Pflichten des Arbeitgebers» (Randtitel zu den Art. 322 ff. OR). Der Arbeitnehmer hat einen Anspruch darauf, dass ihm der Arbeitgeber die Freizeit für die Ferien einschliesslich des Lohnes während dieser Zeit gewährt und überdies in gegenseitiger Absprache festgesetzt wird, wann die Ferien zu beziehen sind. Der Anspruch auf Ferien ist Ausfluss der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (vgl. VISCHER, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, III, Der Arbeitsvertrag, Basel 1994, S. 84). Mit der Anordnung der Ferien und der Arbeitsbefreiung sowie der Lohnzahlung während dieser Zeit erfüllt der Arbeitgeber seine vertraglichen Pflichten. Die Nichtgewährung der Ferien stellt somit die Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung dar.

Aus den einleitend erörterten Grundsätzen über die Verteilung der Beweislast ergibt sich für den vorliegenden Fall, dass der Kläger sowohl die vertragliche Verpflichtung der Beklagten zur Gewährung von Ferien wie auch ihr Entstehen durch die Dauer des Arbeitsverhältnisses beweisen musste. Demgegenüber trug die Beklagte die Beweislast dafür, dass und wie viele Ferientage während der massgebenden Zeit vom Kläger bezogen worden sind. Der Kläger wirft der Vorinstanz demnach zu Recht vor, die Beweislast falsch verteilt zu haben, indem sie ihn für beweispflichtig erklärte, dass ihm ein Anspruch auf Entschädigung für nicht bezogene Ferien zustehe. Die unzutreffende Auffassung der Vorinstanz hinsichtlich der Verteilung der Beweislast führt jedoch nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils (vgl. unten E. 2b/bb).

b) Das Obergericht ist in Würdigung der ihm vorliegenden Beweise zum Ergebnis gelangt, dass nicht genau nachgewiesen werden kann, wie viele Ferientage der Kläger bezogen hat. Unbestritten ist, dass dem Kläger für die gesamte Anstellungsdauer die vom Obergericht errechneten 145,41 Ferientage zustanden. Das Obergericht hält sodann fest, es bestehe eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass der Kläger die ihm zustehenden Ferien nicht lückenlos bezogen habe. Die Beklagte habe eingeräumt, dass der Kläger für die Jahre 1997 und 1998 einen Restferienanspruch von 14 Tagen habe. Indessen bestehe eine erhebliche Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Kläger auch in den früheren Jahren nicht alle Ferien bezogen habe. Nach Auffassung des Obergerichts kann unter diesen Umständen in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR geschätzt werden, wie viele Ferientage der Kläger in den Jahren vor 1997 bezogen hat.

aa) Nach Lehre und Rechtsprechung schreibt das Bundesprivatrecht für seinen Anwendungsbereich ein bestimmtes Regelbeweismass vor. Danach gilt ein Beweis als erbracht, wenn der Richter von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Er muss nach objektiven Gesichtspunkten vom Vorliegen der Tatsache überzeugt sein. Die Verwirklichung der Tatsache braucht indessen nicht mit Sicherheit festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen. Nicht ausreichend ist dagegen, wenn bloss eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich die behauptete Tatsache verwirklicht hat. Die Funktion des Regelbeweismasses besteht darin, dem materiellen Recht im Prozess zum Durchbruch zu verhelfen. Die Rechtsdurchsetzung darf nicht daran scheitern, dass zu hohe oder uneinheitliche Anforderungen an das Beweismass gestellt werden (vgl. zum Ganzen: BGE 118 II 235 E. 3c; 98 II 231 E. 5; SCHMID, a.a.O., N. 17 zu Art. 8 ZGB; HOHL, Le degré de la preuve dans les procès au fond, in: Der Beweis im Zivilprozess, La preuve dans le procès civil, S. 127 ff., S. 137 f.; ISAAK MEIER, Das Beweismass – ein aktuelles Problem des schweizerischen Zivilprozessrechts, in: BJM 1989 S. 57 ff., S. 77 f.).



Ausnahmen vom Regelbeweismass, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit oder ein blosses Glaubhaftmachen als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich einerseits aus dem Gesetz selbst und sind andererseits durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden. Diesen Ausnahmen liegt die Überlegung zu Grunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten. So kann es sich nach dem Gesetzgeber zum Beispiel im Fall des Schadensbeweises bei der ausservertraglichen Haftung oder für den Nachweis bzw. die Bestreitung der Vaterschaft verhalten (Art. 42 Abs. 2 OR und Art. 256b Abs. 2 ZGB; vgl. zu Art. 42 Abs. 2 OR: BECKER, Berner Kommentar, N. 2 zu Art. 42 OR; weitere Beispiele bei HOHL, a.a.O., S. 130). Aus der Praxis des Bundesgerichts sind sodann der Beweis für den Wert einer Liegenschaft in einem bestimmten Zeitpunkt oder der Beweis für die Anzahl geleisteter Überstunden zu erwähnen (BGE 116 II 225 E. 3b und 4C.381/1996 vom 20. Januar 1997, E. 4). In beiden Urteilen wird Art. 42 Abs. 2 OR zitiert und dessen analoge Anwendung befürwortet. Es finden sich aber auch Entscheide, in denen bloss auf die typischerweise bestehenden Beweisschwierigkeiten hingewiesen und Art. 42 Abs. 2 OR nicht erwähnt wird. So hat sich im Gebiet des Versicherungsvertrags die Praxis herausgebildet, dass der vom Versicherungsnehmer zu erbringende Beweis des Eintritts des Versicherungsfalles dadurch zu erleichtern ist, dass bloss der Beweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit verlangt wird (5C.79/2000 vom 8. Januar 2001, E. 1b/aa mit Hinweisen). Eine ständige Rechtsprechung besteht sodann auch in Bezug auf den natürlichen bzw. hypothetischen Kausalzusammenhang. Hier wird das Beweismass wegen der oft bestehenden Beweisschwierigkeiten auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzt (BGE 107 II 269 E. 1b mit Hinweisen; BGE 121 III 358 E. 5 mit Hinweisen). Schliesslich finden sich auch in der Literatur Meinungsäusserungen, die allgemein eine Herabsetzung des Beweismasses für Sachverhalte befürworten, bei denen typischerweise Beweisschwierigkeiten auftreten (SCHMID, a.a.O., N. 18 zu Art. 8 ZGB; HOHL, a.a.O., S. 137 f.) oder die im Einzelfall eine analoge Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR ausserhalb des Schadensbeweises als gerechtfertigt betrachten (vgl. z.B. REHBINDER, Berner Kommentar, N. 3 zu Art. 321c OR: Beweis der Überstundenarbeit; MÜNCH, in: Geiser/Münch, Stellenwechsel und Entlassung, Rz. 1.46: Beweis der für den Arbeitnehmer mit der Freistellung verbundenen Nachteile).

Bundesrecht steht somit der analogen Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR grundsätzlich nicht entgegen. Eine Herabsetzung des Beweismasses setzt indes – entsprechend der Lehre und Rechtsprechung zu dieser Bestimmung – voraus, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Die Herabsetzung des Beweismasses darf im Ergebnis nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen. Die beweispflichtige Partei hat alle Umstände, die für die Verwirklichung des behaupteten Sachverhalts sprechen, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen (vgl. BGE 122 III 219 E. 3a mit Hinweisen; BREHM, Berner Kommentar, N. 50 f. zu Art. 42 OR; OFTINGER/STARK, Schweiz. Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. Aufl. 1995, S. 259). In prozessualer Hinsicht ist schliesslich festzuhalten, dass es sich bei der ermessensweisen Schätzung um Beweiswürdigung bzw. Sachverhaltsfeststellung handelt, welche der Überprüfung durch das Bundesgericht im Berufungsverfahren grundsätzlich entzogen ist (BGE 122 III 219 E. 3b S. 222 mit Hinweisen). Auch in diesem Bereich gilt im Übrigen der vom Bundesgericht in ständiger Praxis befolgte Grundsatz, dass die Frage der Beweislastverteilung gegenstandslos ist, wenn die Vorinstanz aufgrund ihrer Beweiswürdigung zum Ergebnis gekommen ist, ein bestimmter Sachverhalt sei nachgewiesen worden (vgl. BGE 119 III 103 E. 1 mit Hinweis; 117 II 387 E. 2e S. 393 mit Hinweis).

bb) Im angefochtenen Urteil wird festgehalten, das Beweisverfahren habe keine genügende Grundlage ergeben, um den vom Kläger geltend gemachten Anspruch auf Ferienentschädigung im Umfang von rund drei Monaten gutzuheissen. Andererseits sei der Auffassung des Arbeitsgerichts insoweit beizupflichten, dass durch das Beweisverfahren immerhin erstellt sei, dass für den Kläger der reguläre Bezug der vertraglich zugesicherten Ferien mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden gewesen sei. Es bestehe eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Kläger tatsächlich die ihm zustehenden Ferien nicht lückenlos bezogen habe. Da der genaue Umfang der nicht in natura bezogenen Ferien aus Beweisgründen nicht zuverlässig festgestellt werden könne, sei der dem Kläger zu vergütende Entschädigungsanspruch in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen. Diese Schätzung, welche die Vorinstanz unter Würdigung der besonderen Verhältnisse des beurteilten Falles vornimmt, führt sie zum Ergebnis, dass der Kläger insgesamt vierzig Ferientage nicht bezogen habe.

Das Vorgehen des Obergerichts ist unter dem Gesichtspunkt des Bundesrechts nicht zu beanstanden. Da ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar war, durfte das Beweismass auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzt werden. Aus den Erwägungen des Obergerichts ergibt sich zudem, dass keiner der Parteien vorgeworfen werden kann, die prozessualen Obliegenheiten hinsichtlich Behauptung und Beweis des entscheidenderheblichen Sachverhalts vernachlässigt zu haben. Die Voraussetzungen zur analogen Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR waren somit gegeben. In den übrigen diesbezüglichen Punkten kann der Entscheid des Obergerichts mit der Berufung nicht angefochten werden. Soweit der Kläger auch die Beweiswürdigung des Obergerichts kritisiert, ist er nicht zu hören. Unerheblich ist schliesslich seine Rüge falscher Verteilung der Beweislast (vgl. oben E. 2b/aa).

c) Das Obergericht hat für den Ferienlohn einen Tagessatz von CHF 271.70 und damit für 40 Tage insgesamt CHF 10'686.- errechnet. Richtigerweise ist es davon ausgegangen, dass der Anspruch nur auf den «darauf entfallenden Lohn» (Art. 329d Abs. 1 OR) geht, ohne dass ein Zuschlag von 25% nach Art. 321c Abs. 3 OR geschuldet ist. Wohl leistet ein Arbeitnehmer, der unter dem Jahr nicht alle Ferien bezieht, mehr, als er vertraglich müsste. Es handelt sich aber grundsätzlich nicht um Überstunden im Sinne von Art. 321c OR. Zwar legt der Arbeitgeber den Zeitpunkt der Ferien fest. Dem Arbeitnehmer steht aber ein Mitspracherecht zu. Die Mehrleistung des Arbeitnehmers ist insofern nicht als notwendige Überstundenleistung im Sinne des Gesetzes zu betrachten. Anders kann es sich allenfalls verhalten, wenn bereits vereinbarte Ferien wegen auftretender Zusatzarbeiten verschoben werden müssen oder wenn der Arbeitgeber in bestimmten Zeiten aus betrieblichen Gründen die Anwesenheit des Arbeitnehmers verlangt und dadurch den Bezug der Ferien vereitelt. Diese Voraussetzungen sind aber im vorliegenden Fall nicht gegeben. Das Obergericht hat demnach zu Recht entschieden, dass kein Zuschlag im Sinne von Art. 321c Abs. 3 OR geschuldet ist.

3.- a) Der Kläger verlangt zudem eine Entschädigung für nicht bezogene Feier- und Freitage. Wie beim Ferienanspruch hielt das Obergericht auch diesbezüglich einen genauen Nachweis in quantitativer Hinsicht für nicht möglich und schätzte die Zahl der nicht bezogenen Feier- und Freitage im Zeitraum von 1993 bis 1997 auf hundert Tage.

Soweit sich der Kläger mit der Berufung gegen die entsprechenden Feststellungen der Vorinstanz wendet, ist er aus den im Zusammenhang mit dem Ferienanspruch aufgeführten Gründen (vorne E. 2b) nicht zu hören. Das Bundesgericht ist auch in dieser Hinsicht an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz gebunden.

b) Bezüglich der Entschädigung für nicht bezogene Feier- und Freitage stellt sich die Frage, ob es sich dabei um gewöhnliche Arbeitszeit oder um Überstunden handelt. Das Obergericht hat in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR geschätzt, dass es sich bei 55 von den hundert Tagen um Überstunden handelt. Der Kläger wendet in rechtlicher Hinsicht ein, dass jede Arbeitsleistung während Feier- oder Freitagen als Überstundenarbeit im Sinne von Art. 321c OR zu betrachten sei.

aa) Es trifft zu, dass zwischen der gesetzlichen Vorschrift über die Gewährung der Frei- und Feiertage (Art. 329 OR) und jener betreffend die Überstundenarbeit (Art. 321c OR) eine Verbindung besteht. Zu beachten ist aber, dass die Regelung über die Frei- und Feiertage in erster Linie die Frage des Zeitpunkts der Arbeitsleistung berührt und nicht die Frage des Umfangs der Arbeit. Art. 329 OR hält als Regel fest, dass neben den üblichen freien Stunden und Tagen jede Woche ein freier Tag zu gewähren ist. Aus dem Umstand, dass diese Regel nicht eingehalten worden ist, folgt jedoch nicht zwingend, dass im Vergleich zur vereinbarten wöchentlichen Arbeitszeit mehr Arbeit geleistet wurde. Noch weniger bedeutet dies, dass der Arbeitnehmer eine entsprechende Mehrarbeit aus betrieblichen Gründen leisten musste oder diese als vom Arbeitgeber angeordnet oder gebilligt gelten würde. Das wird indessen vorausgesetzt, damit ein Lohnzuschlag gemäss Art. 321c Abs. 3 OR geschuldet ist (BGE 116 II 69 E. 4b). Die tatsächlichen Voraussetzungen, aus welchen der Anspruch auf den Lohnzuschlag abgeleitet wird, sind vom Arbeitnehmer zu beweisen (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N. 16 zu Art. 321c OR; STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Aufl., Zürich 1992, N. 10 zu Art. 321c OR).

bb) Das Obergericht ist aufgrund seiner Beweiswürdigung zum Ergebnis gelangt, dass insgesamt 55 Tage als betrieblich bedingte Mehrarbeit angesehen werden können, während es sich bei insgesamt 45 Tagen um bloss nicht bezogene Frei- und Ferientage handle. Es erachtet als erwiesen, dass hundert Tage Mehrarbeit geleistet worden sind und ein Teil davon, nicht aber die gesamte Anzahl, betrieblich notwendig bzw. von der Arbeitgeberin angeordnet oder gebilligt worden waren. Da ein genauer Beweis nicht möglich war, schätzte es aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls die Zahl der als Überstunden mit Zuschlag zu entschädigenden Mehrleistung. Dabei hat es berücksichtigt, dass gewisse Arbeiten nicht ins Pflichtenheft des Klägers gehörten. Soweit der Kläger in diesem Zusammenhang behauptet, es sei von seiner Vorgesetzten Überzeit angeordnet worden, ist er nicht zu hören. Damit wendet er sich in unzulässiger Weise gegen den von der Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich festgestellten Sachverhalt.

4.- Der Kläger war seit 1. März 1998 freigestellt und hat – noch vor dem Ablauf der Kündigungsfrist Ende Juli – am 1. Juli 1998 eine neue Arbeitsstelle angetreten. Nach dem angefochtenen Urteil muss sich der Kläger 40 Ferientage als durch Freizeit, über die er während der Freistellung verfügen konnte, kompensiert anrechnen lassen, weshalb ihm insoweit keine Entschädigungsforderung zusteht. Die Vorinstanz stellt in diesem Zusammenhang auf die Gerichtspraxis ab, wonach ein Ferienguthaben auch ohne Anweisung des Arbeitgebers, dass die verbleibenden Ferientage während der Freistellung zu beziehen seien, durch Kompensation untergeht, wenn die Freistellungsdauer den Restanspruch deutlich überschreitet (vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 11 zu Art. 329c OR, S. 240 f.; sowie ALFRED BLESIG, Die Freistellung des Arbeitnehmers, Diss. St. Gallen 2000, S. 190).

Mit der Berufung wird eingewendet, das Obergericht habe die geltend gemachten Stellensuchbemühungen des Klägers während der Freistellungszeit nicht berücksichtigt, die einer Kompensation entgegenstünden. Sodann habe das Obergericht die anrechenbare Freistellungszeit nach Monaten statt nach Arbeitstagen berechnet; bei richtiger Berechnung sei eine Kompensation mangels ausreichender Freizeit nicht möglich.

a) Vorweg stellt sich die von Amtes wegen zu prüfende Rechtsfrage, ob die Ferientage mit der freien Zeit während der Freistellung zu kompensieren sind, selbst wenn keine entsprechende Anweisung des Arbeitgebers erfolgt.

aa) Zweck der Ferien ist die Erholung des Arbeitnehmers. Der Anspruch auf Ferien hat rechtlich eine Doppelnatur. Einerseits stellt er eine Forderung des Arbeitnehmers dar; andererseits ist er als Ausfluss der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers anzusehen (VISCHER, a.a.O., S. 86). Die Ferien dürfen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geld abgegolten werden (Art. 329d Abs. 2 OR), sondern sind tatsächlich zu beziehen. Der Durchsetzung des Erholungszwecks dient die Vorschrift, dass der Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Ferienlohn verliert, wenn er während der Ferienzeit einer entgeltlichen Arbeit nachgeht und dadurch die berechtigten Interessen des Arbeitgebers verletzt werden (Art. 329d Abs. 3 OR). Diese beiden Vorschriften sind absolut zwingend (Art. 361 OR).

Auch nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses gilt grundsätzlich das Abgeltungsverbot. Es ist indessen im Einzelfall in Berücksichtigung der konkreten Umstände einzuschränken. So sind die Ferien nach Lehre und Rechtsprechung in Geld abzugelten, wenn deren Bezug in der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbleibenden Zeit nicht möglich oder zumutbar ist (BGE 106 II 152 E. 2 S. 154;

STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 11 zu Art. 329c OR; STAEHELIN, a.a.O., N. 16 zu Art. 329d OR; BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, N. 4 zu Art. 329d OR und N. 5b zu Art. 329c OR). Dabei spielt eine Rolle, dass der Arbeitnehmer in dieser Zeit die Möglichkeit haben muss, nach einer neuen Stelle zu suchen (Art. 329 Abs. 3 OR). Diesem Anspruch des Arbeitnehmers kommt Vorrang gegenüber dem Ferienbezug zu (vgl. BLESI, a.a.O., S. 184) und insoweit wird das Abgeltungsverbot eingeschränkt.

bb) Zweck der Freistellung ist, den Arbeitnehmer von der Arbeit fernzuhalten (vgl. BGE 118 II 139 E. 1b S. 141). Die Freistellung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das vom Arbeitgeber aufgrund seines Weisungsrechts (Art. 321d Abs. 1 OR) ausgeübt wird (vgl. BLESI, a.a.O., S. 23 f. und S. 26 ff.). Der Arbeitgeber verzichtet in seinem eigenen Interesse auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers. Die Aufhebung der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers hat indessen nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Folge. Alle übrigen Pflichten des Arbeitnehmers bleiben deshalb bestehen, soweit sie nicht unmittelbar mit der Erbringung der Arbeitsleistung zusammenhängen.

In BGE 118 II 139 ff. ist die Frage beurteilt worden, ob sich der freigestellte Arbeitnehmer anderweitig verdienten Lohn auf seine Lohnforderung anrechnen lassen muss. Nach dieser Entscheidung kommt Art. 337c Abs. 2 OR analog zur Anwendung, falls keine andere Vereinbarung getroffen wurde und auch die Umstände des Falles den Schluss nicht zulassen, es sei auf die Anrechnung verzichtet worden. Das Urteil ist in der Lehre überwiegend kritisiert worden. Die Einwände richteten sich zwar mehrheitlich nicht gegen das Ergebnis, wohl aber gegen die Begründung, soweit Art. 337c Abs. 2 OR für analog anwendbar erklärt wurde (vgl. die Nachweise bei BLESI, a.a.O., S. 158 ff. und MÜNCH, a.a.O., Rz. 1.46). Auf diese Kritik braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden. Sowohl Art. 337c Abs. 2 OR wie auch Art. 324 Abs. 2 OR, dessen Anwendung von den Kritikern befürwortet wird, liegt die Überlegung zu Grunde, dass sich der Arbeitnehmer nicht auf Kosten des Arbeitgebers bereichern darf, indem er ohne Arbeitsleistung vom Arbeitgeber Lohn erhält und gleichzeitig aus anderweitiger Arbeitstätigkeit ein zusätzliches Einkommen erzielt (vgl. STAEHELIN, a.a.O., N. 32 zu Art. 324 OR und N. 10 zu Art. 337c OR; MÜNCH, a.a.O., Rz. 1.46). Der Grundsatz, dass sich der Arbeitnehmer nicht auf diese Weise bereichern darf, muss für den freigestellten im Vergleich zum ungerechtfertigt fristlos entlassenen Arbeitnehmer umso mehr gelten, als er in ein noch andauerndes Arbeitsverhältnis eingebunden ist und damit die allgemeine Treuepflicht dem Arbeitgeber gegenüber (Art. 321a OR) weiter besteht. Beim freigestellten steht somit im Vergleich zum fristlos entlassenen Arbeitnehmer die Treuepflicht im Vordergrund. Aus dieser Treuepflicht lässt sich ohne weiteres ein Gebot ableiten, dem Arbeitgeber nunmehr nutzlos entstehende Kosten in zumutbarem Umfang zu mindern. Stehen dem Arbeitnehmer während der Freistellung freie Tage zur Verfügung, die er wie Ferientage nutzen kann, so soll er sie entsprechend verwenden, so dass sich dadurch sein Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber vermindert und diesem weniger Kosten entstehen.

Beim ungerechtfertigt fristlos entlassenen Arbeitnehmer wird die Kompensation nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts lediglich von der Voraussetzung abhängig gemacht, dass dem Arbeitnehmer ausreichend Zeit zum Bezug der Ferientage zur Verfügung steht, und zwar in der Regel mehr als zwei bis drei Monate (BGE 117 II 270 E. 3b S. 272 f.; 4C.250/1996 vom 21. Oktober 1996, E. 3b/cc, publ. in: SJ 1997 S. 149; 4C.182/2000 vom 9. Januar 2001, E. 3c). Eine Anweisung zum Ferienbezug durch den ehemaligen Arbeitgeber ist nach dieser Praxis nicht erforderlich. Das lässt sich allerdings mit der besonderen Rechts- und Sachlage bei der fristlosen Entlassung erklären. Mit der fristlosen Entlassung endet das Arbeitsverhältnis und damit auch das Weisungsrecht des Arbeitgebers einerseits und die allgemeine Treuepflicht des Arbeitnehmers andererseits, soweit sich die Treuepflicht nicht ausnahmsweise auch nach Vertragsende auswirken kann. Es ist somit fraglich, ob der Arbeitgeber berechtigt wäre, eine entsprechende Weisung zu erteilen, und ob sie vom Arbeitnehmer befolgt werden müsste. Dazu kommt, dass bei der fristlosen Entlassung das Arbeitsverhältnis auch nach der Vorstellung der beteiligten Personen tatsächlich beendet ist und die Kontakte in der Regel abgebrochen werden. Unter diesen Umständen wäre der Arbeitgeber aber mangels entsprechender Informationen oft nicht in der Lage, eine sinnvolle Anweisung zu erteilen.

cc) Aus der Gegenüberstellung der gesetzlichen Ferienregelung einerseits und der Rechtsnatur der Freistellung andererseits sowie dem Vergleich mit dem Fall des fristlos entlassenen Arbeitnehmers ergibt sich, dass auch in der Zeit der Freistellung das Abgeltungsverbot im Vordergrund steht und der Arbeitnehmer aufgrund der nach wie vor bestehenden Treuepflicht die Interessen des Arbeitgebers insoweit wahrzunehmen hat, als er die ihm zustehenden Ferientage nach Möglichkeit bezieht, ohne dass eine ausdrückliche Weisung des Arbeitgebers nötig ist, wobei die Arbeitsuche aber Vorrang hat. In zeitlicher Hinsicht lassen sich keine allgemeingültigen Aussagen machen. In der Lehre findet sich denn auch die allgemein gehaltene Formulierung, wonach die Abgeltung ausser Betracht fällt, wenn die Freistellungsdauer den Restanspruch deutlich überschreitet (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 11 zu Art. 329c OR). Jedenfalls darf nicht auf die im Zusammenhang mit der fristlosen Entlassung nach der Gerichtspraxis geltende Regel abgestellt werden, dass die Kompensation erst ab einer Freistellungsdauer von wenigstens zwei bis drei Monaten in Frage kommt. Massgebend ist vielmehr das im Einzelfall gegebene Verhältnis der Freistellungsdauer zur Anzahl der offenen Ferientage.

b) Das Obergericht hat die Zeit von März bis Mai 1998 berücksichtigt und für diese Dauer 92 Freistellungstage errechnet. Der Kläger wendet zu Recht ein, dass lediglich mit den Arbeitstagen kompensiert werden dürfe, die nach seinen Angaben monatlich 21,75 betragen. Auf der gleichen Grundlage beruhte denn auch die Berechnung des Arbeitsgerichts. Dieses hat auf eine anrechenbare Freistellungszeit von fünf Monaten (März bis Ende Juli 1998) abgestellt. Ob der Monat Juli mitgezählt werden darf, ist indessen fraglich, da der Kläger nach seinen Angaben auf den 1. Juli 1998 eine neue Teilzeit-Arbeitsstelle gefunden hat. Nicht einzusehen ist indessen, warum das Obergericht den Monat Juni nicht berücksichtigt hat. Der im angefochtenen Urteil erwähnte Umstand, dass der Lohn für den Monat Juni nicht ausbezahlt, aber auch nicht eingeklagt wurde, reicht jedenfalls als Begründung nicht aus. Wird aber auch der Monat Juni berücksichtigt, hatte der Kläger genügend Zeit, um neben der Suche nach einer neuen Arbeitsstelle die noch offenen Ferientage mit Freizeit zu kompensieren. Damit erweist sich die Berufung auch in diesem Punkt als unbegründet.

## Serviceteil: Literatur

(Auswahl ohne Anspruch auf Vollständigkeit)

- Blesi Alfred            Die Freistellung des Arbeitnehmers, Dissertation, 2006, 235 Seiten,  
Verlag Schulthess Zürich, ISBN 3-7255-4129-0 z.Zt. vergriffen<sup>71</sup>
- Schürer Hans Ueli     Arbeit und Recht, 9.A. 2007, 324 Seiten, ISBN: 978-3-286-50379-3,  
Verlag: Schweiz. Kaufmännischer Verband CHF 46.00
- Streff Ullin/  
von Kaenel Adrian     Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6.A. 2006, 1148 Seiten,  
ISBN 978-3-7255-3734-1, Verlag: Schulthess, Zürich CHF 198.00

<sup>71</sup> im Nebis-Bibliotheksverbund ausleihbar, [http://opac.nebis.ch/F/?local\\_base=NEBIS&con\\_lng=GER&func=find-b&find\\_code=SYS&request=004027632](http://opac.nebis.ch/F/?local_base=NEBIS&con_lng=GER&func=find-b&find_code=SYS&request=004027632)

## Serviceeteil: Muster

### Vertragsklausel: Barabgeltung Ferienentschädigung

#### Stundenlohn

Der von *Arbeitgeberin* geschuldete Stunden-Lohn von *Vorname Name* beträgt insgesamt CHF 25.– brutto, nämlich

CHF	21.21	Grundlohn
CHF	1.77	8.33% Ferienentschädigung
CHF	1.77	Anteil 13. Monatslohn (8.33%)
CHF	0.25	Feiertagsentschädigung (1.2%),

zahlbar monatlich nach Vorlage der Stundenrapporte von *Vorname Name* mittels Banküberweisung oder Check.

#### Ferienentschädigung

*Arbeitgeberin* behält die im Stundenlohn eingerechnete Ferienentschädigung von 8.33% = CHF 1.77 zurück<sup>72</sup>, bis *Vorname Name* seine/ihre Ferien effektiv bezieht. Die Auszahlung des anteiligen Ferienguthabens erfolgt im Monat des Ferienbezuges im Verhältnis der bezogenen Ferien.

### Vertragsklausel: Ferienbezug

Die Festsetzung des Zeitpunktes der Ferien ist der *Arbeitgeberin* vorbehalten, welche nach Möglichkeit die Wünsche von *Vorname Name* berücksichtigt. Werden Betriebsferien angeordnet, so ist *Vorname Name* verpflichtet, ihre Ferien in dieser Zeit zu beziehen. Vorjahresferien, die bis 14 Tage nach Ostern nicht bezogen werden, können von der *Arbeitgeberin* sofort und ohne Rücksicht auf die Wünsche von *Vorname Name* angeordnet werden.

### Vorlage: Freistellung

Sehr geehrter Herr *Name*

Wie wir Ihnen heute bereits mündlich mitgeteilt haben, sah sich der Verwaltungsrat unseres Unternehmens gezwungen, aufgrund der bekannten Vorkommnisse Ihre Anstellung als stellvertretender Geschäftsleiter unter Beachtung der verabredeten Frist auf Ende Monat Y JJJJ zu kündigen. Wir bestätigen diese Kündigung hiermit auch schriftlich.

Wir haben Sie mündlich auch informiert, dass Sie mit sofortiger Wirkung freigestellt sind und ohne unsere ausdrückliche Aufforderung unser Unternehmen nicht mehr betreten dürfen.<sup>73</sup> Der guten Ordnung halber weisen wir Sie darauf hin, dass uns ein Verstoss gegen dieses Hausverbot zur Strafanzeige wegen Hausfriedensbruchs berechtigt.

Für die Rückgabe Ihrer Haus- und Pult-Schlüssel, der Kreditkarte und der Benzinkarte für unsere firmeneigene Tankstelle sowie Ihre Badges, quittieren wir mit diesem Brief.

Unter der Bedingung, dass Sie keine andere entgeltliche Tätigkeit ausüben, werden wir Ihnen Ihr Salär einstweilen jeweils am Monatsende ausrichten. Dabei gehen wir davon aus, dass Sie in absehbarer Zeit, spätestens aber in zwei Monaten, wieder eine zumutbare Stelle finden können.<sup>74</sup> Wir behalten uns deshalb vor, unsere Lohnzahlungen ab Ende Monat X einzustellen. Informieren Sie uns unaufgefordert, wenn Sie eine neue Stelle haben.<sup>70</sup>

Wir bitten Sie, bis zum Ende der laufenden Woche zu den bisherigen Arbeitszeiten bei Ihnen zuhause für telefonische Auskünfte zur Verfügung zu stehen. Ihr Ferienguthaben von derzeit 10 Tagen können Sie nach Ablauf dieser Woche beziehen. Mit dieser Freistellung sind sämtliche Ihrer Zeitguthaben abgegolten.

<sup>72</sup> vgl. zur rechtlichen Problematik des Rückbehalts die Ausführungen bei den Fussnoten 30 + 31, vorstehend S. 6f

<sup>73</sup> Die Anordnung eines Hausverbots, verbunden mit einer Strafandrohung, stellt ein relativ «grobes Geschütz» dar, das nicht zum Standard einer Freistellungserklärung gehört, sondern nur in besonderen Ausnahmefällen verwendet werden soll.

<sup>74</sup> Auch diese Klausel soll nicht Standard sein, sondern illustriert eine relativ forsche Gangart auf Arbeitgeberseite, die je nach Situation auch kontraproduktiv sein kann.

**Vorlage: Empfangsbestätigung bei Weigerung zur Unterzeichnung**

Das Original dieses Schreibens erhalten zu haben, bestätigt:

Ort, TT.MM.JJJJ

.....  
*Vorname Name*

Vermerk: *Vorname Name* verweigerte eine Unterzeichnung der Empfangsbestätigung. Wir bestätigen, dass ihm das obenstehende Schreiben heute um ##.## Uhr vorgelegt wurde

Ort, TT.MM.JJJJ

gez. Name A, Personal-Sekretärin

gez. Name B, Buchhaltung