

## BRIEF

Nr. 60.10

15. September 2010  
Marco Caprez, lic. iur., Rechtsanwalt

### **Arbeitsrecht: Arbeitsunfähig heisst nicht immer auch ferienunfähig**

**Die Sommerferien 2010 sind bereits zu Ende, die Herbstferien stehen vor der Tür. Ferien sind oftmals ein beliebtes Streitthema in einem Arbeitsverhältnis. Was geschieht, wenn ein Arbeitnehmer kurz vor oder sogar während der Ferien verunfallt? Hat er Anspruch auf deren Nachbezug oder muss er sie sich anrechnen lassen? Diese und weitere Fragen sollen anhand des vorliegenden Briefes genauer erörtert werden.**

#### **Ferienanspruch**

Ein Arbeitnehmer hat während jedes Dienstjahrs gemäss OR wenigstens vier Wochen, ein Arbeitnehmer bis zum vollendeten 20. Altersjahr wenigstens fünf Wochen Ferien zu Gute. Selbstverständlich steht es den Parteien frei, eine für den Arbeitnehmer günstigere Abmachung zu treffen. Die Dauer der Ferien berechnet sich laut Gesetz in Wochen. Die Höhe des Anspruchs ergibt sich somit daraus, wie die wöchentliche Arbeitszeit verabredet ist. Bei der 5-Tage-Woche ergeben sich mindestens 20 Ferientage. Der Ferienanspruch gilt anteilmässig. Scheidet ein Arbeitnehmer während eines Dienst- oder Kalenderjahres aus, so sind die Ferien genau zu berechnen. Basierend auf einer 5-Tage-Woche rechnet man bei fünf Ferienwochen pro Arbeitsmonat mit 2,08 Tagen, bei vier Ferienwochen mit 1,67 Tagen. Fällt ein Feiertag (z.B. 1. August) in die Ferien, so kann er nicht vom Ferienkonto abgezogen werden. Der Tag wäre ohnehin arbeitsfrei.

Anspruch auf Ferien bedeutet zweierlei: Zunächst müssen dem Arbeitnehmer zusammenhängende freie Tage zwecks Erholung gewährt werden. Der Arbeitnehmer soll vom Alltag abschalten können. Eine Arbeitgeberin profitiert auch von einem erholten Arbeitnehmer, indem dieser seine Arbeitskraft vollständig zur Verfügung stellen kann. Selbstredend bedeutet dies auch, dass ein Arbeitnehmer nicht bei Dritten eine Arbeitstätigkeit ausführen darf. Dies würde dem Erholungszweck entgegenstehen. Weitere Einschränkungen hinsichtlich der Ferien dürfen von der Arbeitgeberin nicht angeordnet werden, da dies die Privat- bzw. Persönlichkeitssphäre des Arbeitnehmers betrifft.

Ferner hat die Arbeitgeberin die Lohnzahlung grundsätzlich fortzusetzen, damit der Arbeitnehmer sich überhaupt dem Erholungszweck widmen kann. Würde der Arbeitnehmer während der Ferien keinen Lohn erhalten, wäre in vielen Fällen auch der Erholungseffekt nicht wie gewünscht.

#### **Krankheit oder Unfall während der Ferien**

Leider kann es vorkommen, dass ein Arbeitnehmer in den Ferien krank wird oder einen Unfall erleidet. Weiter ist es möglich, dass ein Arbeitnehmer bereits seit längerer Zeit seine Ferien geplant hat und unmittelbar vorher arbeitsunfähig wird. Unbestritten dürfte sein, dass durch Krankheit oder Unfall der Feriengenuss geschmälert wird. Gleichwohl bedeutet dies nicht notwendigerweise, dass der Arbeitnehmer seine Ferien nicht geniessen kann. Ob eine

Arbeitgeberin die Ferien allerdings zu voller Lohnzahlung zu einem späteren Zeitpunkt nochmals gewähren muss, hängt massgebend von der Beeinträchtigung ab. Es spielt nur eine beschränkte Rolle, ob der Arbeitnehmer während der Ferien hätte arbeiten können. Mit anderen Worten ist es denkbar, dass ein Arbeitnehmer zwar arbeitsunfähig ist, im Gegenzug aber seine Ferien zu 100 Prozent anrechnen lassen muss. In der Praxis hat sich der Begriff der sog. **Ferienunfähigkeit** weitgehend durchgesetzt.

### **Ferienunfähigkeit**

Entscheidend ist gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung, ob der Zustand des Arbeitnehmers der Erholung entgegensteht oder nicht. Kleinere Verletzungen oder kurze Krankheiten beeinträchtigen die Erholung in der Regel nicht. Die Beeinträchtigungen müssen ferner ein einigermaßen erhebliches Ausmass angenommen haben, um überhaupt den Ferienzweck vereiteln zu können. Bei Bettlägerigkeit, Spitalaufenthalt oder regelmässigen Arztbesuchen schliesst die Krankheit Ferien aus. Kürzeres Unwohlsein, wie etwa eine kurze Migräne, reicht hingegen nicht aus, um eine Ferienunfähigkeit bejahen zu können. Illustrativ folgendes Beispiel: Ein Pianist bricht sich zwei Finger. Da er als Musiker zwangsläufig auf jeden einzelnen voll funktionsfähigen Finger angewiesen ist, dürfte er wohl zu 100 Prozent arbeitsunfähig sein. Ein Fingerbruch steht aber dem Erholungszweck normalerweise nicht entgegen, weshalb die Ferien durch den Unfall nicht unterbrochen werden. Der Arbeitnehmer wäre somit ferienfähig. Folge davon ist, dass der Arbeitnehmer zwar seinen Lohn erhält, die Ferien aber nicht mehr zu einem späteren Zeitpunkt gewährt werden müssen.

Geht ein zu 50 Prozent arbeitsunfähiger Arbeitnehmer in die Ferien, verlängert sich sein Anspruch nicht auf das Doppelte. Ein Mitarbeiter ist entweder zu 100 Prozent ferienfähig oder ferienunfähig, es gibt keine teilweise Ferienfähigkeit. Ob ein Arbeitnehmer tatsächlich ferienfähig ist, dürfte in vielen Fällen schwierig zu eruieren sein. Grundsätzlich ist nämlich auf das subjektive Empfinden eines Arbeitnehmers abzustellen. Zentrales Element ist stets der Erholungszweck.

### **Vorgehen bei Ferienunfähigkeit**

Für den Fall, dass ein Arbeitnehmer während seiner Ferien krank werden oder verunfallen sollte empfiehlt es sich, im Personalreglement eine Regelung zu treffen, wonach der Arbeitnehmer bei Ferienunfähigkeit unverzüglich die Arbeitgeberin zu benachrichtigen hat. Die Arbeitgeberin hat in diesem Fall Kenntnis von der Erkrankung (bzw. dem Unfall) und kann allfällige Versicherungsabklärungen veranlassen. Zudem kann die Arbeitgeberin mit dieser Massnahme allfälligem Missbrauch vorbeugen.

Hat die Arbeitgeberin Zweifel an einer mittels eines ärztlichen Zeugnisses attestierten Arbeitsunfähigkeit – beziehungsweise Ferienunfähigkeit – so sollte dies dem Arbeitnehmer sobald als möglich mitgeteilt werden. Im Notfall kann die Arbeitgeberin die Fortzahlung des Lohns verweigern. Es obliegt dann dem Arbeitnehmer, den Nachweis für seine Arbeitsverhinderung mit Hilfe eines anderen Beweismittels zu führen, z.B. mit Hilfe eines (ausführlichen) schriftlichen Berichts oder der mündlichen Zeugenaussage des behandelnden Arztes (vgl. BGer 4A\_349/2007; BGer 4P.254/2005). Ein Arbeitszeugnis ist lediglich ein Indiz zur Arbeitsunfähigkeit und noch kein Beweis. Zur Frage, was bei einem Arztzeugnis genau beachtet werden sollte, wird an dieser Stelle auf den Brief der AIHK Nr. 45.09 verwiesen.

### **Weitere Informationen und Auskünfte**

Für allfällig weitere Fragen steht Ihnen unser Rechtsdienst gerne zur Verfügung. Kontaktieren Sie Jan Krejci (Telefon 062 837 18 02 oder per E-Mail [jan.krejci@aihk.ch](mailto:jan.krejci@aihk.ch)), Philip Schneider (Telefon 062 837 18 04 oder per E-Mail [philip.schneider@aihk.ch](mailto:philip.schneider@aihk.ch)) oder Marco Caprez (Telefon 062 837 16 08 oder per E-Mail an [marco.caprez@aihk.ch](mailto:marco.caprez@aihk.ch)).