

05  
—  
24**legalis brief**  
**Fachdienst**  
**Arbeitsrecht**  
**Urteilsbesprechungen****Auszahlung Ferienlohn mit dem ordentlichen Lohn –  
Anspruch auf ein Penum zufolge Übung**

OGer ZH LA220014-O/U vom 29.02.2024

Art. 324 OR , Art. 329d OR

A. stand ab dem 25. September 2017 in einem Arbeitsverhältnis zur B. GmbH mit Sitz in Zürich, die den Betrieb einer Sprachschule und eines Übersetzungsbüros bezweckt. Letztere kündigte das Arbeitsverhältnis am 19. Oktober 2020 per 31. Dezember 2020.

Eine Klage von A. wurde vom Einzelgericht im vereinfachten Verfahren am Ager ZH teilweise gutgeheissen und eine Widerklage der B. GmbH abgewiesen. Die B. GmbH erhab Berufung und A. Anschlussberufung. Die Berufung wurde vom OGer ZH abgewiesen und die Anschlussberufung teilweise geschützt.

Gegenstand des Prozesses bildete zunächst die Abgeltung des Ferienlohnanspruchs. Die Erinstanz bejahte einen Anspruch von A. auf Nachzahlung der für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses geschuldeten Ferienentschädigung. Ihrem Entscheid legte sie im Wesentlichen die nachfolgend zusammengefassten Erwägungen zugrunde: Es sei vorliegend unbestritten, dass auf den Lohnabrechnungen der Prozentsatz 8.33 % ausdrücklich festgehalten worden sei. Hingegen sei im schriftlichen Vertrag zwischen den Parteien weder in Prozenten noch betragsmässig festgehalten worden, welcher Anteil am Stundenlohn auf die Ferienentschädigung entfallen. Festgehalten worden sei nur, dass die Ferienentschädigung im Stundenlohn enthalten sei. Es habe sich zwar um ein Arbeitsverhältnis mit wechselhaftem Penum gehandelt, aber dennoch müsse die strenge bundesgerichtliche Rechtsprechung Beachtung finden, wonach sowohl im schriftlichen Arbeitsvertrag als auch auf den einzelnen Lohnabrechnungen die Ferienlohnentschädigung betragsmässig oder prozentual ausgewiesen sein müsse.

Ebenso strittig war eine Lohnzahlung während der Periode vor und nach der Kündigung, nachdem A. offenbar in diesem Zeitraum nurmehr in geringerem Penum eingesetzt worden war. Die Vorinstanz hatte erwogen, dass sich zwar zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis entwickelt habe, in welchem A. nicht habe davon ausgehen müssen, dass die B. GmbH das Penum von sich aus massiv reduziere. Zu berücksichtigen sei allerdings, dass A. in zweifacher Hinsicht widersprüchliche Angaben gemacht habe. Zum einen habe A. zunächst generell ausführen lassen, dass sie den Geschäftsführerinnen der B. GmbH anlässlich des Gesprächs vom 22. September 2022 mitgeteilt habe, das Penum reduzieren zu wollen; erst im weiteren Verlauf des Verfahrens habe A. ausführen lassen, dass die Reduktion des Penums um 10–20 Stunden pro Monat für die ferne Zukunft geplant gewesen sei. Zum anderen habe A. zunächst behauptet, dass ihr infolge der Kündigung vom 19. Oktober 2020 keine neuen Kurse mehr zugeteilt worden seien; im weiteren Verlauf des Verfahrens erst habe A. behauptet, dass die Beklagte bereits als Reaktion auf das Gespräch vom 22. September 2020 keine neuen Kurse mehr zugeteilt habe. Das Arbeitsangebot der Klägerin vom 3. November 2020 vermöge sodann nicht über den ganzen Zeitraum hinweg (Oktober bis Dezember 2020) den Beweis zu erbringen, dass die Klägerin dazu bereit gewesen sei, die Kurse gleich wie immer durchzuführen.

**Erwägungen**

Das OGer ZH schliesst sich der Ansicht der Erstinstanz in Bezug auf den Ferienlohn an: Gemäss Art. 329d Abs. 2 OR dürfen die Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden. Diese Bestimmung ist absolut zwingender Natur. Da jedoch die Durchsetzung dieses gesetzlichen Abgeltungsverbots bei unregelmässiger Beschäftigung, namentlich Teilzeitstellen, Schwierigkeiten bereiten kann, lässt das Bundesgericht die Abgeltung des Ferienlohnes mit dem laufenden Lohn – in Abweichung vom Gesetzeswortlaut – ausnahmsweise zu. Voraussetzung dafür ist neben der objektiven Notwendigkeit der Abgeltung aufgrund der unregelmässigen Beschäftigung, dass sowohl aus dem schriftlichen Arbeitsvertrag als auch aus den periodischen Lohnabrechnungen klar ersichtlich ist, welcher Teil des Arbeitlohnes den Ferienlohnanspruch abgelenkt soll. Neben der materiellen Voraussetzung der Notwendigkeit hat das Bundesgericht also eine doppelte formelle Voraussetzung statuiert. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, bleibt der Arbeitgeber verpflichtet, dem vormaligen Arbeitnehmer den gesetzlich vorgeschriebenen Ferienlohn nach Vertragsauflösung als Entschädigung nachzuzahlen.

Vorbehalten bleiben Fälle des Rechtsmissbrauchs ([Art. 2 Abs. 2 ZGB](#)). Jedoch ist gemäss Bundesgericht im Widerspruch zwischen der Zustimmung zu einer Vereinbarung und der nachträglichen Geltendmachung ihrer Ungültigkeit unter Berufung auf zwingendes Recht nur dann ein Rechtsmissbrauch zu erblicken, wenn zusätzliche besondere Umstände gegeben sind (z.B. Kenntnis der Ungültigkeit der Ferienentschädigungsklausel seit Vertragsschluss, BGer [BGer 4A\\_66/2009](#), 8.4.2009, E. 3.2); ansonsten würde dem Arbeitnehmer der mit der zwingenden Gesetzesbestimmung gewährte Schutz auf dem Weg über [Art. 2 ZGB](#) wieder entzogen. Zudem hat die Partei, die das Recht der Gegenpartei zur Anrufung der Nichtigkeit aufgrund eines Formmangels bestreitet, besondere, den konkreten Fall kennzeichnende Umstände nachzuweisen, die offensichtlich machen, dass die Berufung auf den Formmangel treuwidrig ist ([BGE 129 III 493](#) E. 5.1; BGer [BGer 4A\\_72/2015](#), 11.5.2015, E. 3.6.1).

Was den Lohnanspruch für die letzte Periode des Arbeitsverhältnisses betrifft, hatte die Vorinstanz zunächst richtig festgestellt, dass nicht nur bei echter, sondern auch bei unechter Arbeit auf Abruf davon auszugehen sei, dass nach einer gewissen Dauer des Arbeitsverhältnisses und einer genügenden Regelmässigkeit der Einsätze ein vertragliches Grundpensum vorliegt. Eine massive Reduktion der Abruhhäufigkeit ist in einem solchen Fall nur unter Einhaltung der Kündigungsfrist zulässig (OGer ZH, LA200037, 12.5.2021, E. III.1.3.2). Mit Blick auf den Monat Oktober 2020 hat die Vorinstanz eine Lohnersatzforderung insbesondere deshalb abgelehnt, weil A. erst im Rahmen des Plädoyers vom 3. Dezember 2021 nachgeschoben habe, dass ihr bereits ab dem 22. September 2020 keine neuen Kurse mehr zugeteilt worden seien. Allerdings ergab sich dies auch aus dem Kursplan. Gleichzeitig reduzierte sich das Pensum zunächst nicht relevant, es gab auch zuvor Monate mit vergleichbarem Pensum, so dass die Vorinstanz diese Forderung (im Resultat) zurecht abgewiesen hatte.

Anders für die Monate November und Dezember, in welchen eine erhebliche Pensumsreduktion vorlag. Die Vorinstanz hatte die Differenzrechnung basierend auf dem Vergleich mit dem Pensum Oktober 2020 vorgenommen, was vom OGer ZH beanstandet wurde. Stattdessen war für den Monat November auf den Durchschnittslohn der Monate September 2017 bis und mit Oktober 2020 abzustellen, zumal – ausser für den Monat Dezember – aus den Vorjahren keine saisonalen Schwankungen erkennbar waren. Zu berücksichtigen war zulasten von A. indessen, dass sie selber eine Pensumsreduktion gewünscht hatte. Gleichermaßen galt für den Monat Dezember, bei welchem überdies wegen der generellen saisonalen Schwankung vom tieferen Durchschnitt der Vorjahre bezogen auf den fraglichen Monat auszugehen war.

## Kommentierung

Dem Entscheid lässt sich erneut entnehmen, welche strengen materiellen und formellen Vorgaben eingehalten werden müssen, damit die Auszahlung des Ferienlohnes mit dem Stundenlohn zulässig ist, insbesondere, dass dies quantifiziert bereits im Vertrag und als dann in den Lohnabrechnungen umgesetzt werden muss. Solcherlei findet sich (dennoch) wiederholt in der Praxis und ist einzig dann empfehlenswert, wenn die Voraussetzungen

offenkundig eingehalten werden. Ansonsten trägt die Arbeitgeberin ein hohes Nachzahlungsrisiko.

Ebenso wird einmal mehr bestätigt, dass sich bei Arbeit auf Abruf eine längere Zeit geübt Praxis zu einem Anspruch auf ein Pensem «verdichtet», von welchem die Arbeitgeberin nicht mehr einseitig abweichen kann, ohne sich dem Vorhalt des Annahmeverzuges auszusetzen (und in der Folge nach **Art. 324 OR** dennoch leistungspflichtig zu bleiben).

*Marco Kamber*