

*Urteil***Ferienbezug bei Kündigung während der Probezeit**

Wird das Arbeitsverhältnis während der Probezeit gekündigt und der Arbeitnehmende freigestellt, kann sich die Frage ergeben, ob während der Freistellung der Ferienbezug vom Arbeitgeber angeordnet werden kann. Dies ist danach zu beurteilen, ob dem Arbeitnehmenden genügend Zeit zur Stellensuche verbleibt, ohne dass der Erholungszweck der Ferien vereitelt wird.

Sachverhalt

A. (Beschwerdegegner) arbeitete seit dem 1. Februar 2010 für die Y. AG (Beschwerdeführerin). Am Freitag, den 23. April 2010, innerhalb der vertraglich vereinbarten Probezeit von drei Monaten, kündigte Y. A. mit der gesetzlich vorgesehenen Kündigungsfrist von sieben Tagen auf den 30. April 2010, stellte ihn für die restliche Dauer des Arbeitsverhältnisses frei und ordnete an, er müsse während der Freistellung die ihm zustehenden Ferien beziehen.

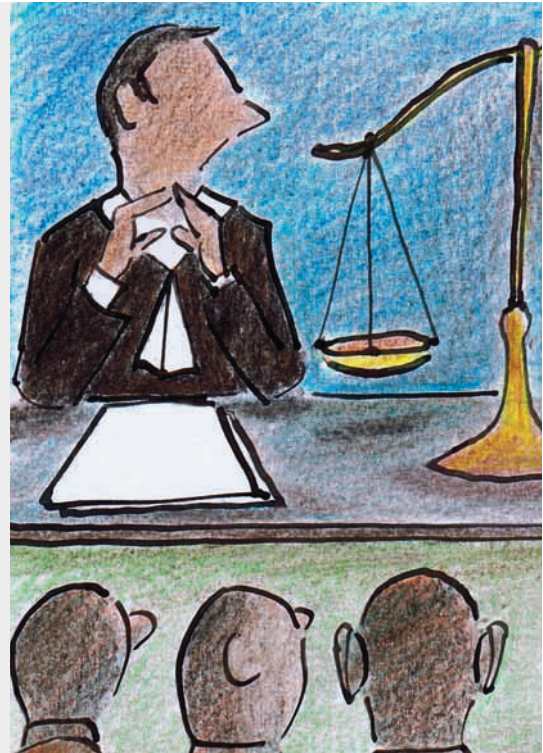
Am 29. Mai 2010 machte A. beim Arbeitsgericht eine Klage hängig und verlangte von Y. 969.30 Franken für sein Ferienguthaben von fünf Tagen. Das Arbeitsgericht wies die Klage ab, da A. der Bezug der Ferien in der Zeit bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses möglich und mit Blick darauf, dass die Kündigung in der Probezeit erfolgte, auch zumutbar gewesen sei. A. habe jederzeit mit der Kündigung rechnen müssen, zumal Gespräche stattgefunden hatten, in denen er auf seine ungenügenden Arbeitsleistungen angesprochen worden war. Das von A. angerufene Obergericht hiess die Klage dagegen gut. Aus der Tatsache, dass A. bereits am 6. Mai 2010, zwei Wochen nach der Kündigung, eine neue Stelle in Aussicht hatte, schloss das Obergericht, A. habe sich unmittelbar nach der Kündigung auf Stellensuche begeben, wodurch der Erholungszweck der Ferien nicht habe gewahrt werden können.

Aus den Erwägungen

1.2 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Zweck der Ferien die Erholung des Arbeitnehmers. Der An-

spruch auf Ferien hat rechtlich eine Doppelnatur. Einerseits stellt er eine Forderung des Arbeitnehmers dar; andererseits ist er als Ausfluss der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers anzusehen. Die Ferien dürfen während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geld abgegolten werden (Art. 329d Abs. 2 OR), sondern sind tatsächlich zu beziehen. 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 in Geld abzugelten, wenn deren Bezug in der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbleibenden Zeit nicht möglich oder zumutbar ist. 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.

1.3 Die Probezeit soll den Parteien die Möglichkeit bieten, einander kennen zu lernen, was zur Schaffung eines Vertrauensverhältnisses notwendig ist. Sie erlaubt den Parteien abzuschätzen, ob sie die gegenseitigen Erwartungen erfüllen, und sie werden in die Lage versetzt, über die in Aussicht genommene langfristige Bindung in Kenntnis der konkreten Umstände zu urteilen. Vor Ablauf der Probezeit können beide Parteien mithin nicht darauf vertrauen, das Arbeitsverhältnis werde langfristig Bestand haben. Eine langfristige Planung ist in dieser Zeit nicht im gleichen Masse möglich, wie nach Ablauf der Probezeit. Die Probezeit ändert aber weder



etwas am Erholungszweck der Ferien noch am Zweck der Kündigungsfrist, die es dem Arbeitnehmer erlauben soll, eine andere Arbeit zu suchen. Die von Y. aufgeworfene Frage lässt sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ohne Weiteres beantworten. Die Ferien sind auch während der Probezeit tatsächlich zu beziehen (Art. 329d Abs. 2 OR), soweit deren Bezug in der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbleibenden Zeit möglich und zumutbar ist, wobei auch in der Probezeit der Anspruch, nach einer neuen Stelle zu suchen (Art. 329 Abs. 3 OR), dem Ferienbezug gegenüber Vorrang zukommt. Ob der Bezug der Ferien zumutbar ist, muss anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles entschieden werden.

1.4 Y. führt aus, A. habe weder gegen den Ferienbezug opponiert, noch geltend gemacht, dass er die Zeit zur Stellensuche benötigt hätte. Sie weist darauf hin, dass nur ein Teil der Arbeitszeit für die Stellensuche verwendet werden dürfe und beanstandet insbesondere die von der Vorinstanz erwähnte Faustregel, wonach eine kurze Kündigungsfrist gegen die Zumutbarkeit des Ferienbezugs spreche. Damit kritisiert sie die konkrete Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Einzelfall und thematisiert keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung. Auf die Beschwerde in Zivilsachen ist daher nicht einzutreten.

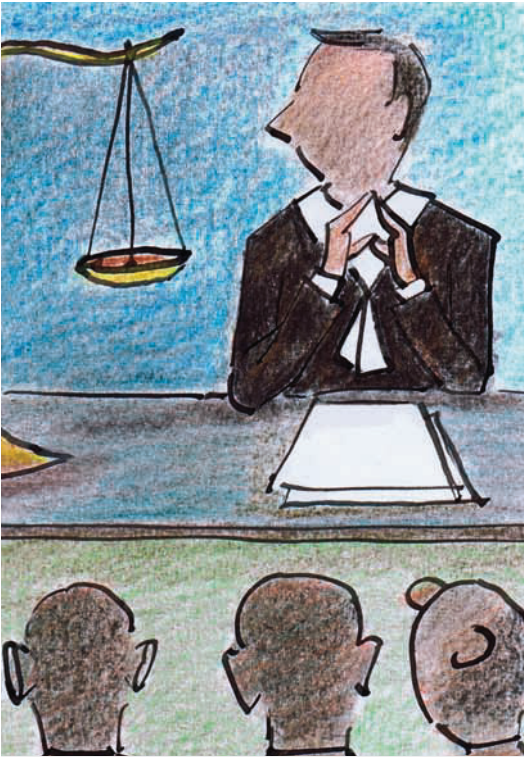


Illustration: Christine Röll

Urteil

Krankheit und Ferienunfähigkeit

Ferien haben den Zweck, sich zu erholen. Diese Erholung kann auch in Tätigkeiten wie Schlafen und Spazieren bestehen. Es kann nicht von Ferienunfähigkeit gesprochen werden, nur weil keine Aktivferien unternommen werden konnten.

Vorliegend war zu prüfen, ob beim Arbeitnehmer A. eine Arbeitsunfähigkeit verbunden mit einer Ferienunfähigkeit vorlag oder nicht.

Aus den Erwägungen

Für den Monat Mai 2007 liegt nebst einem Arzzeugnis von N. eines von O., dem Vertrauensarzt des Arbeitgebers Y., vor. Dieses attestiert A. eine ebenfalls 100-prozentige Arbeitsunfähigkeit bis zum 25. Mai 2007 und bestätigt die Einleitung therapeutischer Massnahmen. Der Zeuge O. bestätigte, A. habe erwähnt, er werde in eine Klinik gehen. Von Kanada wusste O. nichts. Zwar könnte es sein, dass – wie von Y. behauptet – A. den Vertrauensarzt O. ebenfalls angelogen hat. Dem steht jedoch entgegen, dass für O. aufgrund der Schilderungen und der Untersuchung die Arbeitsunfähigkeit klar gegeben gewesen sei. Des Weiteren stellen diverse Aussagen von A. anlässlich des E-Mailverkehrs mit Y. («Ich bin psychisch und physisch so am Ende, dass ich nicht mehr in der Lage bin, bei Y. zu arbeiten»; «Ich bin in einem desolaten Zustand.» etc.) ein Indiz für das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit im Mai 2007 dar. Insgesamt genügen die von zwei verschiedenen Ärzten ausgestellten Arzzeugnisse sowie die E-Mails des Klägers, um von einer Arbeitsunfähigkeit im Mai 2007 auszugehen.

Die Aussagen von N. und diejenigen von P. (Arzt) widersprechen sich weitgehend. Während N. zu Protokoll gab, es habe beim Kläger eine schwere Depression vorgelegen und er habe ihm geraten, eine Pause zu machen, erwähnte P., es hätten bei A. zumindest ab Anfang Juni keine psychiatrischen oder gesundheitlichen Gründe für eine Arbeitsunfähigkeit bestanden. Er sei baff gewesen, als A. ihm am 8. Juni 2007 ge-

sagt habe, er werde für fünf Wochen mit seiner Frau nach Kanada gehen. P. erwähnte ferner, dass A. für ihn rückblickend in der Zeit vom 8. Mai bis Ende Juli nicht arbeitsunfähig gewesen sei. Der Meinung von N. betreffend die Zeugenaussage von P., dass rückwirkende Aussagen diskussionswürdig seien, kann grundsätzlich zugestimmt werden. Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass es sich bei N. – im Gegensatz zu P. – um keinen Psychiater handelt und er seinerseits fragwürdige Arzzeugnisse (undatiert, rückwirkend) ausstellte. A. sagte aus, die ersten drei Wochen in Kanada seien katastrophal gewesen und sie seien nur etwa zweimal mit den Mountainbikes gefahren.

Ferien haben gerade den Zweck, sich zu erholen. Diese Erholung kann auch wie vorliegend in Schlafen und Spazieren bestehen. Es kann nicht von Ferienunfähigkeit gesprochen werden, nur weil keine Aktivferien mit Biken etc. unternommen werden konnten. Insgesamt ist A. weder der Beweis der Arbeitsunfähigkeit im Juni und Juli 2007 gelungen, noch dass er mit Arzt und Psychiater vereinbart hatte, für fünf Wochen nach Kanada in die «Ferien» zu gehen.

A. war demnach bis Ende Mai 2007 arbeitsunfähig, im Juni und Juli 2007 jedoch arbeitsfähig. Nebst den Arbeitstagen zwischen 18. und 29. September muss sich A. also auch die Arbeitstage während der Kanada-Reise vom 25. Juni bis 28. Juli 2007 als Ferien anrechnen lassen.

Aus Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich (AGer., AN070563 vom 14. Dezember 2009)

1.6 Die Vorinstanz hat aus der Tatsache, dass A. schon sehr bald eine Stelle gefunden hat, geschlossen, er habe sich umgehend um Arbeit bemüht, so dass der Ferienzweck nicht habe gewahrt werden können. Angesichts der Tatsache, dass A. bei Bezug der Ferien kein gewöhnlicher Werktag verblieben wäre, um nach Arbeit zu suchen, ist dieser Schluss im Ergebnis nicht offensichtlich unhaltbar.

1.7 Der Einwand von Y., der Arbeitgeber habe dem Arbeitnehmer nach Art. 329 Abs. 3 OR nur die üblichen freien Stunden und Tage für das Aufsuchen einer anderen Arbeitsstelle zu gewähren und arbeitsvertraglich seien zwei Halbtage pro Woche vereinbart, ist nicht stichhaltig. Dass der Arbeitnehmer seiner Arbeit mit Ausnahme der üblichen Zeit zum Aufsuchen einer anderen Arbeitsstelle auch während der Stellensuche im gekündigten Arbeitsverhältnis nachgehen muss, bedeutet, dass seine Arbeitstätigkeit durch die Stellensuche unterbrochen wird. Es ist im Ergebnis aber nicht offensichtlich unhaltbar anzunehmen, durch eine derartige Unterbrechung der fünf Ferientage würde der Erholungszweck der Ferien beeinträchtigt.

Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts, 16. Mai 2011 (4A_11/2011)