

*Urteil***Ferienbezug während der Kündigungsfrist**

Bei einer Freistellung während der Kündigungsfrist gilt als Faustregel, dass ein Drittel als Ferienbezug angeordnet werden kann. Je länger die Freistellung dauert, desto grösser kann der Ferienanteil sein. Ein Geschäftsführer muss sich sein zu grosses Ferienguthaben vorhalten lassen.

**Sachverhalt**

A. wurde am 16. Januar 2009 mit einer sechsmonatigen Kündigungsfrist per Ende Juli 2009 entlassen. X. habe einen Ferienbezugsplan erstellt, welchen sie eingehalten habe und die verbleibenden Tage seien am Ende des Arbeitsverhältnisses ausbezahlt worden.

A. machte unter anderem geltend, es sei ihm ein Feriensaldo von 101,5 nicht bezogenen Ferientagen zu vergüten. Er habe im Zeitpunkt der Kündigung einen Anspruch von 119,5 Tagen per Ende Juli 2009 gehabt. Er habe ab Februar 2009 einerseits diverse weiterbestehende Aufgaben und Verpflichtungen bei und für X. wahrgenommen und habe sich andererseits umgehend um seine berufliche Zukunft ab August 2009 kümmern müssen, weshalb er nur eine geringe Anzahl Ferientage beziehen können. Der Saldo sei ihm auszu zahlen. Dieser Anspruch wurde von X. bestritten.

**Aus den Erwägungen**

Den Ferienplan hat X. anfangs Februar 2009 erstellt. Wenn sie dabei sogleich auch für Februar 2009 einen Ferienbezug von 20 Tagen anordnete, hatte das zur Konsequenz, dass A. – soweit er nicht noch zu arbeiten hatte – sich umgehend in die Ferien zu begeben gehabt hätte. Damit missachtete X. das Gebot einer recht- beziehungsweise frühzeitigen Ferienanordnung. Für den Februar ist A. deshalb kein Ferienbezug anzurechnen.

Eine Kündigungsfrist von sechs Monaten ist überdurchschnittlich lange. Je länger die Kündigungsfrist dauert, umso länger darf auch die Feriendauer sein, die der Arbeitgeber anordnet. Die – für den Ferienbezug bei Freistellung – anzutreffende Faustregel, wonach etwa

ein Drittel der Freistellungszeit als Ferien zu gelten habe, gebietet eine entsprechend modifizierte Betrachtungsweise: Je länger die Freistellung dauert, umso eher kann besagtes Drittel auf die Hälfte oder auch mehr erhöht werden. Analoges gilt für die Zuweisung von Ferien während der Kündigungsfrist: Je länger diese dauert, umso länger kann – proportional – die angeordnete Feriendauer sein.

A. macht geltend, er sei aufgrund seiner vielseitigen Engagements ausserstande gewesen, die Ferien zu beziehen und untermauerte seine Sachdarstellung mit einer Auflistung seiner Tätigkeiten.

Als der Ferienanordnung entgegenstehend anerkennt X. total zwölf Arbeitstage. Wie lange diese Verrichtungen im Einzelnen dauerten, braucht dabei nicht geklärt zu werden, da A. sich einen Ferienbezug in Stunden (restliche Tages-Arbeitszeit) nicht entgegenhalten zu lassen hat.

Im Übrigen aber war die Anordnung von X. – ungeachtet der anschliessenden Korrespondenz – klar: A. hatte, soweit seine Arbeitsleistung nicht mehr beansprucht wurde, während der Kündigungsfrist Ferien zu beziehen, was gleichzeitig bedeutete, dass A. für diese Zeit von seinen Verpflichtungen gegenüber X. vollständig entbunden war. Dieser Weisung hatte er sich im Rahmen ihrer Zulässigkeit zu unterziehen und er kann ihr nicht unbesehen Engagements entgegenhalten. Nur soweit aufgrund arbeitsvertraglicher Nebenpflichten diese Engagements von A. trotz klarer Ferienanweisung weiterhin geboten waren, können sie nunmehr von A. entgegengehalten werden. Darüber lassen sie sich allenfalls berücksichtigen, soweit X. mit Hinblick auf Art. 329



Abs. 3 OR verpflichtet gewesen wäre, A. für die Engagements die nötige freie Zeit zu gewähren. Dagegen ist es nicht angängig, die Einführung eines Kurses in italienischer Sprache gleichsam vorzuziehen, weil sich A. aufgrund der Ferienanordnung von X. die Möglichkeit bot, diesen Kurs im Frühjahr 2009 zu betreuen (mindestens 35 Tage ab März 2009). Ebenso wenig kann sich A. vom Ferienbezug dispensieren, weil er nach Anordnung des Ferienbezuges als Referent für einen Vortrag in Berlin angefragt worden ist, selbst wenn das Referat auch den Interessen von X. gedient haben sollte (acht Tage), oder weil er ebenfalls nach Anordnung des Ferienbezuges eine Einladung zu einer Fachausstellung erhalten hat. A. musste sich bewusst sein, dass er per Ende Juli 2009 entlassen ist und die Parteien während der Kündigungsfrist gegenseitig nicht mehr die gleichen Pflichten haben. Für A. gilt das umso mehr, als seitens X. die klare Weisung erging, das Ferienguthaben zu beziehen. Die sich derart ergebende freie Zeit zu nutzen, um eine Ausbildung in italienischer Sprache vorzubereiten und zu begleiten, die eigentlich für einen späteren Zeitpunkt geplant war, die aber wegen der «Verfügbarkeit» von A. vorgezogen wurde, und diese Verrichtung dann einem Ferienbezug entgegenzuhalten, ist nicht angängig. Entsprechendes gilt für die Veranstaltung in Berlin und in Italien, aber auch für weitere Schulungen, Work-



Illustration: Livia Lüthi

beitnehmers soweit Rücksicht zu nehmen hat, als dies mit den Interessen des Betriebs vereinbar ist. X. hat angesichts des aussergewöhnlich hohen Ferienguthabens von A. von 119,5 Tagen am 2. Februar 2009 einen Ferienplan ausgearbeitet und mit A. besprochen, wonach dieser bis zum Ablauf der Kündigungsfrist Ende Juli 2009 117,5 Ferientage hätte beziehen sollen. Danach wären ihm im Februar nur noch fünf und im März 2009 noch zwei Tage als Arbeitstage angerechnet worden. Entgegen der Auffassung von X. hat die Vorinstanz jedoch zu Recht für den Monat Februar 2009 keinen Ferienbezug angerechnet. Als Ausfluss der Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme hat der Arbeitnehmer Anrecht auf frühzeitige Zuteilung der Ferien. Die Anordnung von Ferien anfangs eines Monats für den laufenden Monat wird dieser Anforderung nicht gerecht. Für den Monat Februar ist daher kein Ferienbezug anzurechnen.

Für die Anordnung zum Ferienbezug in der Zeit von März 2009 bis Juli 2009 ist dagegen im Sinne von X. zu berücksichtigen, dass es A. als Geschäftsführer erheblich mitzuvetreten hat, dass sein Feriensaldo auf 119,5 Tage angewachsen war. Zudem ist zu beachten, dass auch nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich das Abgeltungsverbot gilt. Die Ferien sind nach Lehre und Rechtsprechung nur in Geld abzugelten, wenn deren Bezug in der bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses verbleibenden Zeit nicht möglich oder nicht zumutbar ist. A. war mit der Anordnung von X. zum Ferienbezug von seinen Verpflichtungen gegenüber X. grundsätzlich entbunden. Es war daher grundsätzlich Aufgabe von A. darzutun, weshalb er entgegen der Anordnung von X. keine Ferien beziehungsweise Freitage beziehen konnte, um so den ausserordentlich hohen Feriensaldo abzubauen. Vor Vorinstanz hat er hiezu eine Aufstellung seiner Tätigkeiten eingereicht, die er weiterhin im Interesse von X. ausgeübt habe und damit gel-

tend gemacht, er habe in den Monaten März bis Juni 2009 keine Ferien beziehen können. Lediglich vom 7. Juli bis 24. Juli 2009 habe er Ferien bezogen, weshalb 14 Tage Ferien zu berücksichtigen seien. Zu seinen Tätigkeiten bis Ende Juli 2009 hielt A. ergänzend fest, dass er diese auch ausgeübt habe, um «im Markt zu verbleiben». Konkrete Bemühungen um eine neue Arbeitsstelle führte er indes nicht an.

Die Vorinstanz hat zu den von A. im Einzelnen geltend gemachten Bemühungen ausführlich Stellung genommen und ist zum Schluss gekommen, dass für die von A. geltend gemachten Engagements nicht dargetan worden sei, dass ein Grund vorgelegen habe, sich über die Ferienanordnung von X. hinwegzusetzen. Diese (zu Recht ergangene) Schlussfolgerung blieb im Berufungsverfahren unbestritten. Andererseits blieben die Erwägungen der Vorinstanz ebenso unbestritten, dass A. in der Kündigungszeit während zwölf Tagen für X. tätig war und dass der 31. Juli 2009, an welchem Tag A. sein Dienstfahrzeug und den Laptop abgab, als Arbeitstag anzurechnen sei. Von den zwölf anerkannten Tagen – die in vollem Umfang zu berücksichtigen sind, da auch bei bloss teilweisem Zeitaufwand wie bei einem Arztbesuch kein Ferienbezug möglich war – fallen indes nur die Daten vom 9. März 2009, 25. März 2009, 12. Juni 2009 (Sühnverhandlung) und die beiden Arztbesuche im Juli in die Zeit von März 2009 bis Juli 2009. Damit sind von den unbestrittenen 104,5 Arbeitstagen im fraglichen Zeitraum unter Berücksichtigung auch des 31. Juli 2009 lediglich sechs Arbeitstage anzurechnen. 98,5 Tage sind dagegen als angeordneter Ferienbezug zu berücksichtigen.

*Aus Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich (AGer., AN090311 vom 25. Januar 2011 und Obergericht Zürich, LA1100013 vom 22. Februar 2012)*

shops, Vorträge. Für keine dieser Engagements von A. ist ein hinreichender Rechtfertigungsgrund dargetan, der es A. erlaubt hätte, sich über die Ferienanordnung von X. hinwegzusetzen.

Dies führt zum Ergebnis, dass A. während der sechsmonatigen Kündigungsfrist während der von X. anerkannten zwölf Tage für X. tätig war. Zudem ist aufgrund der Akten davon auszugehen, dass A. am 31. Juli 2009 sein Dienstfahrzeug sowie seinen Laptop im Büro abgegeben hat, womit es auch diesen Tag anzurechnen gilt.

Exklusive Februar fallen in die Kündigungsfrist insgesamt 104,5 Arbeitstage. In Anbetracht der langen Kündigungsfrist einerseits, der mit dem Alter von A. erschwerten Arbeitssuche und der wenigen, einem Ferienbezug entgegenstehenden Verrichtungen andererseits (Arztbesuche, Sühnverhandlung), rechtfertigt sich, A. gut die Hälfte dieser Tage als Ferienbezug anzurechnen.

Das Obergericht kam in Abweichung zum Entscheid des Arbeitsgerichts zu folgendem Ergebnis:

Gemäss Art. 329c Abs. 2 OR bestimmt der Arbeitgeber den Zeitpunkt der Ferien, wobei er auf die Wünsche des Ar-