

Entgelt für Zulagen während Ferien und Krankheit

Arbeitsrecht - Merkblatt

Autoren
Hansueli Schürer, kaps Stäfa
Christian Streit, Centre Patronal Bern

zuständig
Fachbereich Alter

Ausgabedatum
Oktober 2009
überarbeitet Februar 2018

A. Entgelt für Zulagen und Inkonvenienzzulagen während Ferien

Der unter dem Namen „Orange-Urteil“ bekannt gewordene Bundesgerichtsentscheid 132 III 172 hat einige Klärung, aber auch viel Unsicherheit verursacht. Im Zentrum steht dabei die Frage, unter welchen Voraussetzungen Zulagen (wie etwa Nacht- und Wochenendzulagen sowie weitere Inkonvenienzzulagen) zum Ferienlohn hinzugerechnet werden müssen.

BGE 132 III 172 („Orange Urteil“)

Das Bundesgericht bestätigte in seinen Ausführungen den Grundsatz, dass gestützt auf Art. 329d Abs. 1 OR ein Arbeitnehmer während **Ferien nicht schlechter gestellt sein darf, als wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte**. Es bestätigte die in der Lehre und Praxis vertretene Auffassung, dass der auf die Ferien entfallende Lohn auf der Grundlage des gesamten Monatslohnes zu berechnen ist. Die namentlich für Nacht- und Sonntagsarbeit sowie unter Umständen für Überstunden bezahlten Entschädigungen sind zu berücksichtigen, soweit sie regelmässig und während einer gewissen Dauer entrichtet werden. Die Tatsache, dass die ausgeübte Tätigkeit naturgemäss solche Arbeitszeiten mit sich bringt, ist ein Anhaltspunkt dafür, dass die als Ausgleich entrichteten Entschädigungen die Merkmale aufweisen, die ihre Einbeziehung in den massgebenden Lohn im Sinne von Art. 329d Abs. 1 OR rechtfertigen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die monatlichen „Schichteinsätze“ Schwankungen unterliegen, soweit diese am ständigen Charakter der Arbeitszeit während regelmässig mit Zulagen begünstigten Zeiten nichts ändern.

Rechtliches

Bei unregelmässigen Einkommen und Zulagen wird der Ferienlohn aufgrund des **Durchschnittslohnes** während einer Referenzperiode berechnet. Als Referenzperiode wird in der Regel auf das Anstellungsjahr vor dem Ferienbezug abgestellt. Die Gerichte stellen dabei gerne auf die Abrechnung der letzten 12 Monate ab, bei grösseren Veränderungen auf eine kürzere Periode.

Umstritten ist, ob der Ferienlohnzuschlag vertraglich bzw. reglementarisch wegbedungen werden kann. Es ist davon abzuraten, weil der zwingende Charakter von Art. 329d OR bei gewisser Regelmässigkeit von Zulagen die Gerichte dazu bewegen dürfte, solche Regelungen als ungültig zu erklären. Möglich und je nach Abrechnungssystem zu empfehlen ist hingegen, den Ferienlohn direkt in die Zulagen zu integrieren (vgl. unten „Auszahlung des Ferienzuschlages“).

Ob im konkreten Fall eine Pflicht zur Bezahlung der Schicht- und weiterer Zulagen wie beispielsweise Pikett-, Wochenend- und Teuerungszulagen, Inkonvenienz-Erschädigungen (z. B. Lärm-, Gefahren-, Dreckzulagen), Sozialzulagen (namentlich Kinder- und Familienzulagen), Funktionszulagen oder Überstundenerschädigungen anteilmässig während Ferien besteht, beurteilt sich nach folgenden **Grundsätzen**:

1. Es spielt keine Rolle, ob die Arbeitnehmenden und die Arbeitnehmerin im **Monats- oder im Stundenlohn** entlohnt sind: Bei Erfüllen der nachstehenden Bedingungen sind die Zulagen sowohl für Monats- als auch Stundenlöhner geschuldet.
2. Nach vorherrschender Auffassung ist es unerheblich, ob es sich um **ein privat- oder ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis** handelt. Auch im öffentlichen Personalrecht werden regelmässige Schicht- und Inkonvenienzzulagen zunehmend bei der Berechnung des Ferienlohns berücksichtigt, sofern dies in den anwendbaren Grundlagen (z. B. kantonale oder kommunale Personalverordnung) nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist.
3. Geschuldet sind die Zulagen dann, wenn sie regelmässig ausgerichtet werden/wurden. Dies gilt namentlich dann als erfüllt, wenn sie während mindestens neun Monaten pro Jahr ausbezahlt werden.
4. Auch wenn die Höhe der Zulagen monatlichen **Schwankungen** unterworfen ist, ändert dies nichts am ständigen Charakter, solange es sich nicht um sehr geringfügige oder extrem stark schwankende Erschädigungen handelt.
5. **Überstunden** müssen beim Ferienlohn nur berücksichtigt werden, wenn sie seit langem und mit grosser Regelmässigkeit geleistet werden, faktisch demnach die vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit verlängert worden ist (das im Vertrag festgehaltene Pensum nicht mehr mit der Realität übereinstimmt). Empfehlenswert ist jedoch, Überstunden durch Freizeit ohne Zuschlag auszugleichen und nicht finanziell abzugelten.
6. Wenn Überstunden- und Nachtarbeit mit **Zeitkompensation** abgegolten wird, besteht keine Verpflichtung, dies beim Ferienlohn zu berücksichtigen. Nach herrschender Lehre sind für den Ferienlohn nur die Lohnzuschläge, nicht aber die Zeitzuschläge (namentlich die mindestens 10% Ausgleichsruhezeit bei regelmässiger Nachtarbeit) zu berücksichtigen. Weil ja die gesundheitliche Beanspruchung (durch Arbeit in der Nacht) entfällt und damit die zusätzliche spätere Erholungszeit obsolet wird, würde die Gewährung eines Zeitzuschlags bei Abwesenheiten auch dem Zweck dieser zusätzlichen Freizeit widersprechen.

Auszahlung des Ferienzuschlages

Der Ferienzuschlag auf die (Schicht-)Zulagen kann wahlweise monatlich, quartalsweise oder während der Zeit des effektiven Ferienbezuges ausbezahlt werden. Der Prozentsatz ist abhängig vom Ferienanspruch und berechnet sich nach der Formel „Anzahl Ferientage“ geteilt durch „260 minus Anzahl Ferientage“ (8.33% bei vier Wochen = 20 Tagen, 10.64% bei fünf Wochen = 25 Tagen und 13.04% bei sechs Wochen = 30 Tagen Ferienanspruch). Sowohl beim Monats- wie beim Stundenlohn erfolgt der Zuschlag auf dem Total der massgeblichen Zulagen.

Bei **Angestellten im Stundenlohn** wird der Ferienlohn noch immer oft monatlich abgerechnet, was aber mit einem Risiko einer doppelten Zahlung verbunden ist. Damit eine monatliche Auszahlung als rechtmässig erfolgt gilt, sollte ein relativ tiefes und unregelmässiges Pensum vorliegen. Zudem muss der Ferienlohnzuschlag separat ausgewiesen werden – und zwar sowohl im Arbeitsvertrag als auch der monatlichen Lohnabrechnung. Soweit die praktisch mit der angewendeten EDV möglich ist sollte der Ferienlohn zwar monatlich berechnet , aber erst im Zeitpunkt des effektiven Ferienbezuges ausbezahlt werden, damit die Mitarbeitenden während den Ferien eine Lohnzahlung erhalten.

Gute Erfahrungen haben Betriebe gemacht, die den **Ferienlohn auf Schichtzulagen direkt in die Höhe der Schichtzulage integriert** haben. Wenn beispielsweise ein Zuschlag von Fr. 6.00 pro Stunde bezahlt wird, kann diese Zulage um 8.33% (bei vier Ferienwochen) bzw. um 50 Rp. pro Stunde auf Fr. 6.50 pro Stunde inkl. Ferienlohn angehoben werden. Dieser Zuschlag für den Ferienlohn auf den jeweiligen Zulagen muss ausdrücklich separat ausgewiesen sein.

B. Entgelt für Zulagen während Krankheit

Auch bei Krankheit und Unfall sind die Mitarbeitenden so zu stellen, wie wenn sie gearbeitet hätten. Wenn im privaten Arbeitsverhältnis bei Krankheit das gesetzliche Minimum gemäss Art. 324a OR bezahlt wird, müssen entsprechend alle regelmässigen Lohnzulagen in durchschnittlicher Höhe bezahlt werden, damit das **OR-Minimum** erfüllt wird. Sobald jedoch eine für die Mitarbeitenden günstigere Regelung besteht, insbesondere durch eine betriebliche **Krankentaggeldversicherung**, besteht keine gesetzliche Pflicht, die Zulagen auszubezahlen bzw. zu versichern. Beim **Unfall** richtet sich der versicherte Lohn nach den Vorschriften des UVG. Es empfiehlt sich, den Krankenlohn gleich wie beim Unfall zu versichern (inklusive regelmässiger Zulagen!), damit keine Differenzen bestehen zwischen der Höhe der Lohnfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall.

Gestützt auf das „Lohnausfallprinzip“ sollen Arbeitnehmer so gestellt werden, „wie wenn sie gearbeitet hätten“ – also inklusive Zulagen. Für die Praxis ist folgendes Vorgehen sinnvoll, kann aber je nach Formulierung der Lohnzahlungspflicht im Vertrag/Personalreglement auch anders aussehen:

Sofern keine Versicherung für den Lohnausfall aufkommt, bemisst sich der im Krankheitsfall geschuldete „darauf entfallende“ Lohn (Art. 324a Abs. 1 OR) grundsätzlich in zwei Stufen:

1. Soweit die Planung/Einsatzanfragen abgeschlossen ist, erhalten die Arbeitnehmer genau jene Stunden und Zulagen gutgeschrieben, welche geplant (oder zu erwarten) waren. Dabei darf der Arbeitgeber den Einsatzplan nicht kurzfristig (nach Bekanntgabe der Arbeitsunfähigkeit) zu Ungunsten betroffener MA ändern.
2. Wenn die Krankheitsabsenz länger dauert als die Planung, ist „der zu erwartende Lohn“ geschuldet: Wie viel wäre die Person voraussichtlich eingesetzt worden? Die Gerichte machen es sich möglichst einfach und stellen gerne auf den Durchschnittslohn der letzten 12 Monate inkl. regelmässiger Zulagen ab.

Sobald eine Versicherung bezahlt, werden die von der (Unfall- oder Krankentaggeld-) Versicherung ausbezahlten Leistungen an die betroffenen Arbeitnehmer weitergeleitet (versicherter Lohn sollte dabei der durchschnittliche Jahreslohn inklusive regelmässiger Zulagen sein!).

Gesetzliche Regelungen

- Art. 329d Abs. 1 und Art. 324a-b OR für das privatrechtliche Arbeitsverhältnis und oftmals in analoger Anwendung für das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis.
- Beispiel einer öffentlich-rechtlichen Regelung: § 132 Abs. 4 Vollzugsverordnung zum Personalgesetz des Kantons Zürich:

„Bei regelmässiger Schicht-, Nacht-, Samstags- und Sonntagsarbeit wird die Vergütung gemäss Abs. 1 (Fr. 5.75 pro Stunde) während Ferien und Mutterschaftsurlaub, bei Krankheit, Unfall sowie andern unverschuldeten und unfreiwilligen Arbeitsverhinderungen zusammen mit dem Lohn weiter ausgerichtet.“

Judikatur

- BGE 132 III 172 (auf Deutsch in Praxis 95 (2006) Nr. 147)
- BGE 134 III 399
- BGE 138 III 107

Literatur

- Schürer/Schürer, Handbuch Arbeitsrecht Gesundheitswesen, II.6-5
- Streiff/Von Kaenel, Arbeitsvertrag, OR 329d N3 und OR 324a/b N9

Autoren:
lic.iur. Hansueli Schürer, kaps Stäfa (www.kaps.ch)
Fürsprecher Christian Streit, Centre Patronal Bern