

*Urteil***Nichtige Kündigung in der Sperrfrist**

Wenn eine mündliche Kündigung nicht bewiesen werden kann, ist entscheidend, wann die schriftliche Kündigung beim Arbeitnehmenden eintrifft. Fällt dieser Zeitpunkt in eine Sperrfrist, ist die Kündigung nichtig. Nach Ablauf der Sperrfrist muss eine neue Kündigung ausgesprochen werden.

**Sachverhalt**

A. war ab 1. Mai 2008 als Koch im Restaurant von Y. angestellt. Im August 2008 kündigte Y. das Arbeitsverhältnis auf den 30. September 2008. A. stellte sich auf den Standpunkt, die Kündigung sei nichtig.

A. trug vor, er habe am 25. August 2008 einen Unfall erlitten. Die während der Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1, lit. b OR ausgesprochene Kündigung vom 26. August 2008 sei nichtig, was er Y. umgehend mitgeteilt habe. Am 6. Januar 2009 habe er Y. erfolglos seine Arbeitskraft ab dem 9. Januar 2009 angeboten. Folglich sei er von der Arbeit freigestellt. Eine gültige und wirksame Kündigung sei weiterhin ausstehend.

Y. beantragte in ihrer Klageantwort vom 20. März 2009 die Abweisung der Klage. Weil A. weder als Koch überzeugt noch in das Team gepasst habe, habe sie ihm am 23. oder 24. August 2008 mündlich gekündigt. Die schriftliche Kündigung sei vor seinem inszenierten Unfall vom 26. August 2008 abgeschickt worden. Wegen des Unfalls habe sich das Arbeitsverhältnis bis Ende Oktober 2008 verlängert.

Das Arbeitsgericht kam aufgrund der Akten zum Schluss, Y. gelinge der Beweis für eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses vor dem 28. August 2008 nicht. Demgegenüber sei aufgrund der Arztzeugnisse ausgewiesen, dass A. ab dem 25. August 2008 zu 100 Prozent arbeitsunfähig gewesen sei. Ab diesem Datum habe die Sperrfrist nach Art. 336c OR gegolten und nach Ablauf der Sperrfrist von 30 Tagen sei keine gültige Kündigung nachgewiesen worden.

**Aus den Erwägungen**

**3.** Y. bringt vor, sie und ihr Partner hätten es offenbar einzig und allein unter-

lassen, nach dem «Unfall» nochmals eine neue Kündigung zu schreiben. Sowohl beim Arbeitsgericht wie auch bei der Rechtsauskunft von GastroSuisse habe man ihnen mitgeteilt, dass dies nicht nötig sei. Damit wirft sie dem Arbeitsgericht vor, ihr eine falsche Auskunft erteilt zu haben.

Für eine falsche Auskunft seitens des Arbeitsgerichts gibt es indes keine Anhaltspunkte. Insbesondere hat Y. keinen Brief aufgelegt, aus dem ersichtlich wäre, dass sie sich beim Arbeitsgericht oder bei GastroSuisse diesbezüglich erkundigt hätte oder von ihnen eine solche Auskunft erhalten hat. Bei den Vorakten befindet sich zwar ein Brief von Y. vom 8. Januar 2009 an die Adresse des Arbeitsgerichts. Der Sachverhalt weicht in einem entscheidenden Punkt ab. Y. behauptet, sie habe A. am 25. August 2008 mündlich (und am 26. August 2008 schriftlich) gekündigt und A. sei am 26. August 2008 verunfallt. Nach dieser Darstellung ist die Kündigung vor dem Unfall erfolgt. In diesem Fall wäre die Kündigung gültig gewesen, die noch nicht abgelaufene Kündigungsfrist unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt worden.

Demgegenüber war gerade streitig, wann die Kündigung und wann der Unfall erfolgten. Das Arbeitsgericht kam zum Schluss, der Beweis für eine Kündigung vor dem 28. August 2008 sei nicht erbracht. Dagegen stehe aufgrund von Arztzeugnissen fest, dass A. ab dem 25. August 2008 bis zum 7. Januar 2009 arbeitsunfähig gewesen sei. Vor diesem Hintergrund fiel die schriftliche Kündigung vom 26. August 2008, deren Erhalt A. mit Schreiben vom 30. August 2008 bestätigt hat, in die Sperrfrist von 30 Tagen nach Art. 336c Abs. 1, lit. b OR und gilt daher als nichtig (Art. 336c Abs. 2



OR). Zur Beurteilung stand ein häufiger und gesetzlich klar geregelter Anwendungsfall einer Kündigung zur Unzeit (Art. 336c OR), weshalb es als ausgeschlossen gelten kann, dass das Arbeitsgericht eine falsche Auskunft erteilt hätte, wenn ihm der später festgestellte Sachverhalt geschildert worden wäre.

**4.** Entscheidend war demnach nicht die Frage, ob die Kündigung vor Ende Monat bei A. eintraf – wie Y. scheinbar glaubt –, sondern wann genau, ob vor Beginn der Sperrfrist (Unfall), während oder nach Ablauf der Sperrfrist.

Y. behauptete erneut, die Kündigung sei bereits am 24. August 2008 mündlich ausgesprochen worden. Vor Arbeitsgericht blieb diese Behauptung unbewiesen.

Aus zwei Zeugenbescheinigungen geht hervor, dass B. und C. am Sonntag, 24. August 2008, auf der Restaurant-Terrasse sassen. Am Nebentisch diskutierten D. und A., sodass die beiden Zeugen das Gespräch mithören konnten. Übereinstimmend bestätigen diese Zeugen, dass das Gespräch teils in englischer, teils in deutscher Sprache geführt wurde. Sie vermuten, dass D. wohl den englischen Ausdruck für «Kündigung» nicht gekannt habe. Jedenfalls hätten sie deutlich das Wort «Kündigung» auf Deutsch gehört. Die Zeugen bestätigen denn auch nur, was ihnen die Wirtin, das heisst die Beklagte, gesagt hat.



Illustration: Christine Ruff

## Urteil

# Ferienabgeltung im Stundenlohn

Der Lohn für die Ferien ist dann zu bezahlen, wenn die Ferien bezogen werden. Andernfalls muss im Vertrag wie in den periodischen Lohnabrechnungen der betrags- oder prozentmässige Anteil für die Ferien klar ersichtlich sein. Sonst kann der Arbeitnehmer die Bezahlung der Ferien verlangen, auch wenn er sie effektiv bezogen hat.

### Sachverhalt

Am 23. Mai 2003 stellte die Schule Y. A. als Englischlehrerin an für ein Teilzeitpensum von ca. 50 Prozent. Der Arbeitsvertrag sah einen Bruttostundenlohn von 35 Franken vor, und A. war ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht worden, dass im genannten Lohnansatz die «Abgeltung für Ferien und Feiertage» inbegriffen sei. A. hatte jährlich mehr als 20 freie Tage geniessen können.

### Aus den Erwägungen

**3.1** Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer in jedem Dienstjahr wenigstens vier Wochen Ferien zu gewähren (Art. 329a Abs. 1 OR) und ihm während dieser Zeit den gesamten darauf entfallenden Lohn zu entrichten (Art. 329d Abs. 1 OR). Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses dürfen die Ferien nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden. Dies bedeutet, dass der Arbeitnehmer in Bezug auf den Lohn während seiner Ferien gleich behandelt wird, wie wenn er arbeitet.

Allgemein gilt die Regel, dass der Lohn für die Ferien dann zu entrichten ist, wenn der Arbeitnehmer seine Ferien bezieht. Die Ferienabgeltung darf nicht einfach im Gesamtlohn einbezogen sein. Das Bundesgericht verlangt, dass bei Vorhandensein eines schriftlichen Arbeitsvertrages im Vertrag selbst, wie auch in den jeweiligen Lohnabrechnungen, der Lohnanteil, welcher der Abgeltung der Ferien entspricht, deutlich und ausdrücklich ausgewiesen sein muss. Die blosser Erwähnung, der Ferienanteil sei im Gesamtlohn inbegriffen, ist demnach nicht zulässig. Die Ferienentschädigung muss entweder betrags- oder prozentmässig im Vertrag – sofern dieser in schriftlicher Form besteht –

und in den Lohnabrechnungen genau aufgezeigt sein.

**3.2** Im vorliegenden Fall ist die Frage der Ferienentschädigung schriftlich geregelt worden, indem deutlich erwähnt war, dass der Bruttostundenlohn von 35 Franken die Abgeltung der Ferien und Feiertage einschliesse. Im Arbeitsvertrag, welcher von beiden Parteien unterzeichnet wurde, war A. auf diese Tatsache in aller Form aufmerksam gemacht worden. Trotzdem ist die blosser Erwähnung einer derartigen Pauschalregelung nach oben dargelegten Rechtsprechungsgrundsätzen ungenügend. Um gültig zu sein, hätte im Vertrag der betrags- oder prozentmässige Anteil der Ferien am gesamten Lohn eindeutig angegeben sein müssen, was hier nicht zutraf. Folge der mangelnden Transparenz ist, dass Y. die Ferien nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch abzugelten hat, wobei es keine Rolle spielt, ob A. die Ferien bereits als solche bezogen hatte oder nicht.

Die sachlich einwandfreien Feststellungen der Vorinstanz lassen auf keine missbräuchliche Forderung von A. schliessen. Auch wenn diese während ihrer Dienstjahre ihre Ferien bezogen hat, so stellt der Anspruch auf Abgeltung eines entsprechenden Ferienanteils auf dem Lohn nach beendetem Arbeitsverhältnis angesichts der Verletzung der formellen Entschädigungsanforderungen mit Sicherheit keinen Rechtsmissbrauch dar.

*Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts, 30. November 2010 (4A\_463/2010)  
(Übersetzung aus dem Französischen)*

Aufgrund der schriftlichen Kündigung vom 26. August 2008 bestehen zudem erhebliche Zweifel, ob A. am 24. August 2008 tatsächlich mündlich gekündigt worden ist. Wenn dem so wäre, wäre eigentlich zu erwarten, dass im Brief vom 26. August 2008 darauf Bezug genommen worden wäre. Stattdessen erweckt der Brief den Eindruck, dass die Kündigung erst mit diesem Brief ausgesprochen wurde. Auch im Bestätigungsschreiben von A. vom 30. August 2008 deutet nichts darauf hin, dass ihm bereits vor dem Schreiben vom 26. August 2008 (mündlich) gekündigt worden wäre.

**5.** Folglich gelingt Y. der Nachweis nicht, A. bereits am 24. August 2008 mündlich gekündigt zu haben. Nach der Aktenlage ist die schriftliche Kündigung vom 26. August 2008 zwischen dem 27. und 30. August 2008 und damit während der Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1, lit. b OR, bei A. eingetroffen. Die Kündigung vom 26. August 2008 ist demnach nichtig, und eine Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist ist unangefochten nicht nachgewiesen, sodass Y. A. grundsätzlich weiterhin die Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag schuldet.

*Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern, 12. Mai 2010 (11 09 181)*