

GOURMET 2016/1+2

## Kündigungsschutz während der vertraglichen Ferien

Schon wiederholt ist dem Wirt des Restaurants Trauben in den letzten Monaten zu Ohren gekommen, dass Gäste die Bedienung durch den Servicemitarbeiter, Ernst Hässig, als unfreundlich empfunden haben. Der Wirt, der während der ersten beiden Januarwochen in den Ferien weilte, musste nach seiner Ferienrückkehr eine weitere Beschwerde eines Stammgastes über die mangelnde Freundlichkeit des Servicemitarbeiters entgegennehmen. Für den Wirt des Restaurants Trauben ist klar, er muss sich vom Servicemitarbeiter so schnell wie möglich trennen. Noch gleichentags fasst er die Kündigung. Diese kann er dem Servicemitarbeiter aber nicht übergeben, da dieser nun seinerseits in den Urlaub gefahren ist und erst wieder am 1. Februar zurückkommt. Um keine Zeit zu verlieren, entschliesst sich der Wirt, dem Servicemitarbeiter die Kündigung per Ende Februar sofort auf dem Postweg zuzustellen. Ist eine solche Kündigung gültig und auf wann entfaltet sie Gültigkeit?

### Kündigung zur Unzeit gemäss OR

Das Gesetz regelt den zeitlichen Kündigungsschutz. Vom Gesetz erfasst werden nur Fälle der arbeitgeberseitigen Kündigung nach Ablauf der Probezeit. Eine in der Sperrfrist ausgesprochene Kündigung ist nichtig. Das Gesetz enthält einen Katalog der unzeitigen Kündigungen (Art. 336c Abs. 1 OR). Darunter gehören etwa Krankheit, Schwangerschaft oder Militärdienst. Nicht in diesem Katalog enthalten ist die Kündigung während der vertraglichen Ferien.

### Kündigung zur Unzeit gemäss L-GAV

In Ergänzung des gesetzlichen Katalogs der unzeitigen Kündigungen sieht aber der allgemeinverbindliche L-GAV einen Kündigungsschutz während der vertraglichen Ferien vor. Eine Kündigung durch den Arbeitgeber während der Ferien des Mitarbeiters ist nach abgelaufener Probezeit nichtig (Art. 7 Abs. 1 L-GAV). Die vom Wirt des Restaurants Trauben in den Ferien des Servicemitarbeiters ausgesprochene Kündigung entfaltet demnach keine Wirkung. Der Wirt muss deshalb die Kündigung nach Rückkehr des Servicemitarbeiters im Februar wiederholen. Er kann dann die Kündigung frühestens auf Ende März gültig aussprechen.

### Kündigung des Arbeitgebers vor den Ferien des Servicemitarbeiters

Die gesetzlichen Vorschriften über die Kündigungen zur Unzeit sehen vor, dass bei einer Kündigung, die vor Eintritt einer Sperrfrist ausgesprochen wird und deren Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen ist, die laufende Kündigungsfrist stillsteht und nach Ablauf der Sperrzeit weiterläuft (Art. 336c Abs. 2 OR).

Im Gegensatz zu den gesetzlichen Vorschriften über die Kündigung zur Unzeit findet bei einer Kündigung vor den Ferien keine Verlängerung der Kündigungsfrist durch den Ferienbezug statt. Hätte der Wirt noch vor Ferienbeginn seines Mitarbeiters, d.h. im Laufe der ersten beiden Januarwochen die Kündigung per Ende Februar ausgesprochen, wäre diese trotz nachfolgender Ferienabwesenheit des Mitarbeiters gültig gewesen. Der Kündigungsschutz kommt in diesem Fall nicht zum Tragen, weil die Kündigung vor dem Ferienantritt erfolgte. Dies würde selbst dann gelten, wenn der Arbeitnehmer mehrwöchige Ferien schon lange mit dem Arbeitgeber abgesprochen hat und nun die vor dem Ferienbeginn ausgesprochene Kündigung das Arbeitsverhältnis während der laufenden Ferien beendet.

### **Kündigung des Arbeitnehmers während der Ferien**

Die Kündigung des Mitarbeiters, der diese von seinem Feriendomizil aus seinem Arbeitgeber zustellt, ist gültig. Der Kündigungsschutz greift in diesem Falle nicht, weil die Kündigung vom Mitarbeiter selber ausgeht und nicht eine Kündigung des Arbeitgebers vorliegt.

### **Kündigung während eines unbezahlten Urlaubs**

Der Kündigungsschutz greift, wenn die Kündigung während der vertraglichen Ferien erfolgt. Keinen Schutz genießt aber der Arbeitnehmer, der die Kündigung während seines unbezahlten Urlaubes erhält.

Dr.iur. Eliane E. Ganz, LL.M., Rechtsanwältin

c/o GastroLegal Dr. iur. Peter P. Theiler, Zürich