

Empfangstheorie und «Ferien-Kündigung»

Zum Wirksamwerden einer Kündigung, welche vom Arbeitgeber während der Ferien des Arbeitnehmers ausgesprochen wird

VON DR. IUR. ALFRED KOELLER, Professor an der Universität St. Gallen

Das schweizerische Recht verbietet eine Kündigung während der Ferien des Arbeitnehmers nicht. Denn Art. 336 c OR, welcher den zeitlichen Kündigungsschutz regelt, führt die Ferien nicht als Kündigungshinderungsgrund auf. Der Arbeitgeber kann somit dem Arbeitnehmer während dessen Ferien kündigen¹. Geschieht dies schriftlich (was im folgenden unterstellt sei), so wird die Kündigungserklärung mit ihrem Zugang beim Arbeitnehmer wirksam (Empfangstheorie). Das ist unbestritten. Strittig ist, wann die Erklärung im Sinne der Empfangstheorie in den Machtbereich des Arbeitnehmers gelangt.

I. Die Empfangstheorie im allgemeinen

1. Die Empfangstheorie besagt, dass eine schriftliche Kündigungserklärung mit dem «Eintreffen» (Art. 3 Abs. 2, 5 Abs. 3, 9 Abs. 1 OR) beim Empfänger oder, wie § 130 BGB sagt, mit dem «Zugehen» wirksam wird. «Eingetroffen ist ein Schriftstück, wenn es in ein solches räumliches Verhältnis zum Adressaten gekommen ist, dass nach Anschauung des Lebens und unter Voraussetzung normaler Verhältnisse die Kenntnisnahme nur noch vom Adressaten selbst oder den Einrichtungen seines Hauses oder Geschäftes abhängt.»² Entscheidend ist also weder die Absendung noch die Kenntnisnahme durch den Adressaten, entscheidend ist vielmehr ein Zeitpunkt dazwischen.

Mit dieser Mittellösung wollte der Gesetzgeber das mit «jeder an einen Abwesenden gerichteten Erklärung verbundene Risiko», dass sie diesem nicht oder verspätet zur Kenntnis gelangt, in ange-

1 Das ist unbestritten (z. B. STREIFF/VON KÄNEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. A., Zürich 1992, N 5 zu Art. 335 OR; REHBINDER, Berner Kommentar, N 8 a. E. zu Art. 335 OR, der allerdings früher noch die gegenteilige Ansicht vertreten hatte [Hinweise a. a. O.]).

2 VON TUHR/PETER, OR AT, Band I/1, Zürich 1974, 169.

messener Weise zwischen dem Absender und dem Empfänger **verteilen**»³: Der Absender soll das Risiko bis zu dem Zeitpunkt tragen, von dem ab normalerweise der Empfänger Kenntnis nehmen kann, dieser dagegen das Risiko, dass er aus Gründen, die in seiner Person liegen (z. B. Krankheit) nicht oder erst später, als dies unter normalen Umständen der Fall wäre, von der Erklärung Kenntnis nimmt.

2. Zutreffend hebt die deutsche Lehre und Rechtsprechung hervor, dass der Zugang aus einem **zeitlichen** und einem **örtlichen Element** besteht⁴: Einerseits muss der Schriftträger in den Machtbereich des Adressaten gelangt sein (örtliches Element), andererseits muss unter gewöhnlichen Verhältnissen (normalen Umständen) damit gerechnet werden dürfen, dass der Adressat vom Schriftstück alsbald nach dem Eintritt in seinen Machtbereich Kenntnis nimmt (zeitliches Element). Wer daher dem Adressaten unbemerkt einen Brief mit einer Willenserklärung in die Rocktasche steckt, bewirkt den Zugang nicht, da er nicht damit rechnen darf, dass der Adressat den Brief auch findet und liest⁵. Die Erklärung wird daher erst mit der Kenntnisnahme wirksam. Ferner: «Während bei einem Geschäftsbriefkasten die Leerung bis zum Ende der üblichen Geschäftszeit erwartet werden kann, umgekehrt bei Einwurf eines Briefs nach dem Ende der üblichen Geschäftszeit eine Leerung am selben Tag nicht mehr erwartet werden kann (und daher der Brief erst am folgenden Tag zugeht), ist bei Einwurf eines Briefs in einen Wohnungsbriefkasten eine Leerung geraume Zeit nach den allgemeinen Postzustellungszeiten nicht mehr zu erwarten, so dass ein nachmittags eingeworfenes Kündigungsschreiben erst am nächsten Tag zugeht.»⁶ Kann dem Adressaten ein eingeschriebener Brief nicht zugestellt werden und wird ihm daher eine Abholeinladung in den Briefkasten gelegt, so darf nicht erwartet werden, dass der Adressat den Brief noch am gleichen Tag abholt (mag dies auch postalisch möglich sein), vielmehr darf erst mit der Abholung am darauffolgenden Tag gerechnet werden. Der Zugang findet daher erst an diesem Tag statt. Das ist freilich streitig. Nach einer anderen An-

3 LARENZ/WOLF, BGB AT, 8. A., München 1997, 507, § 26 N 17; Hervorhebung hinzugefügt.

4 BAG (Bundesarbeitsgericht), NJW 1989, 2213; Nippe, JuS 1991, 286; teilweise abweichend FLUME, Das Rechtsgeschäft, 3. A., Berlin 1979, § 14, 3b, c; s. den Überblick bei DILCHER, JZ 1981, 633.

5 Vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, N 407 zu Art. 1 OR.

6 KLAUS POPP, DB 1989, 1134, unter Hinweis auf zwei Urteile des BAG.

sicht findet der Zugang am Tag des erfolglosen Zustellungsversuchs statt, falls Abholung dann schon möglich ist⁷. Eine dritte Meinung geht dahin, der Zugang erfolge erst mit Ablauf der siebentägigen Abholungsfrist, falls das Schreiben nicht schon vorher abgeholt werde⁸.

3. Im einzelnen ist **vieles streitig, auch Grundlegendes**, wie gerade die eben angeführte Kontroverse zeigt. Uneinig ist man sich insbesondere hinsichtlich des zeitlichen Elementes des Zugangs: Bei Vorliegen welcher Voraussetzungen kann gesagt werden, dass der Adressat unter Zugrundelegung gewöhnlicher Verhältnisse vom Schriftstück alsbald nach dem Eintritt in seinen Machtbereich Kenntnis erlangt? Ist insoweit auf die Verhältnisse eines Durchschnittsadressaten abzustellen oder kommt es auf die persönlichen Verhältnisse des konkreten Adressaten an? Wie aus dem in Ziff. 2 Gesagten hervorgeht, kann einerseits von den persönlichen Eigenschaften und Umständen des Adressaten (Geschäftsmann oder Privatmann) jedenfalls nicht vollständig abstrahiert werden. Andererseits darf auf die konkreten Verhältnisse auch nicht umfassend Rücksicht genommen werden, ansonst für den Erklärenden völlig unabsehbar würde, wann seine Erklärung zugeht (auch so trägt er beispielsweise das Risiko, dass der Adressat zu Hause nicht anzutreffen ist und daher ein Einschreibebrief nicht am Tage des Zustellungsversuchs, sondern erst am darauffolgenden Tag zugeht, s. oben Ziff. 2). Wo die Grenzlinie zu ziehen ist, lässt sich nicht allgemein angeben. Entsprechend gross sind die Unsicherheiten bei der Bestimmung des Zugangs.

Grundsätzlich ist im Interesse der Rechtssicherheit von persönlichen Gegebenheiten beim Adressaten abzusehen. Ob er krank ist oder in den Ferien weilt usw., kann daher in der Zugangsfrage normalerweise keine Rolle spielen⁹. Der Erklärende muss solchen Umständen keine Rechnung tragen, auch dann nicht, wenn er sie kennt. Müsste er es, wäre vernünftiges Disponieren erheblich erschwert. Man stelle sich nur vor, der Mieter einer Wohnung müsste

⁷ Darstellung der Kontroverse bei ALFRED KOLLER, OR AT, Band I, Bern 1996, 57 Anm. 127.

⁸ SIGRIST, Die ordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter besonderer Berücksichtigung des Kündigungsschutzes, Diss. Basel 1982, 40 (Text und Anm. 1); vgl. auch GUHL/MERZ/KOLLER, OR, 8. A., Zürich 1991, 399, 401.

⁹ Vgl. LARENZ/WOLF (zit. in Fn. 3).

bei der Kündigung darauf Rücksicht nehmen, dass der Vermieter krankheitsbedingt im Spital ist. Eine Kündigung auf den gewünschten Zeitpunkt wäre dann unter Umständen nicht mehr möglich. Die Rechtssicherheit würde erheblich beeinträchtigt. Immerhin können *Treu und Glauben* verlangen, dass der Kündigende Umständen der fraglichen Art im Einzelfall Rechnung trägt¹⁰. Das ist gerade für die «Ferien-Kündigung» im Arbeitsverhältnis von erheblicher Bedeutung (unten II./Ziff. 1, 2. Absatz).

II. Die Anwendung der Empfangstheorie auf die «Ferien-Kündigung»

Einem Arbeitnehmer kann, wie gesagt, auch während der Ferien gekündigt werden (Art. 336 c OR e contrario). Fraglich ist hingegen, *wo* gekündigt werden muss.

1. **Kündigung an die Heimadresse.** Nach dem vorstehend unter I. Gesagten kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Kündigungserklärung grundsätzlich an die Heimadresse schicken. Gelangt die Erklärung an diesen Ort, so ist sie im Machtbereich des Adressaten; ein Normalbrief geht daher dann zu, wenn er – zu einer üblichen Zeit (oben I./Ziff. 2) – in den Briefkasten gelegt wird. Kann ein Einschreibebrief zufolge der ferienbedingten Abwesenheit nicht zugestellt werden, so gelangt der Brief erst in den Machtbereich des Adressaten, wenn er auf der Poststelle zur Abholung bereit liegt (örtliches Element); zugegangen ist er in dem Zeitpunkt, in dem ein durchschnittlicher Adressat ihn abholt, also am Tage nach dem Zustellungsversuch (oben I./Ziff. 2). Der Arbeitgeber ist somit nicht verpflichtet, die Kündigungserklärung an die Ferienadresse zu schicken. Wollte man das Gegenteil annehmen, so wäre dies für den Arbeitgeber mit Unzukömmlichkeiten verbunden, welche nach der Empfangstheorie zugrundeliegenden Risikoverteilung richtigerweise nicht ihm anzulasten sind: Er müsste allenfalls eine Ferienadresse ausfindig machen; ferner würde er riskieren, dass der Arbeitnehmer (z. B. wegen eines Todesfalls) die vorgesehenen Auswärtsferien nicht angetreten oder das ursprüngliche Ferienziel verlegt hat und daher die in die Ferien nachgeschickte Sendung nicht

¹⁰ Vgl. VON TUHR/PETER (zit. in Fn. 2), 170 Anm. 32.

zugestellt werden kann, womit ein Zugang ausgeschlossen wäre¹¹. Daher darf der Arbeitgeber die Kündigungserklärung selbst dann an die Heimadresse schicken, wenn ihm die (mutmassliche) Ferienadresse bekannt ist; mit dem Zugang an der Heimadresse wird die Kündigungserklärung wirksam. Es obliegt somit dem Arbeitnehmer, die nötigen Massnahmen (z. B. postalischer Nachsendeauftrag) zu treffen, um von einer allfällig an die Heimadresse geschickten Sendung Kenntnis zu erhalten.

Gewichtige *Einschränkungen* sind für den Fall zu machen, dass der Arbeitgeber bereits vor Ferienantritt zur Kündigung entschlossen war. Zwar kann er auch in diesem Fall an die Heimadresse kündigen. Ist jedoch der Arbeitnehmer ferienabwesend, so entfaltet die Kündigung ihre Wirksamkeit erst dann, «wenn der Arbeitnehmer infolge eines Nachsendeauftrages oder nach seiner Rückkehr in der Lage ist, die Kündigung zur Kenntnis zu nehmen»¹². Das kann und wird oft zur Folge haben, dass die Kündigungserklärung in die Kündigungsfrist fällt und damit ihre Wirkung nicht auf den gewünschten Zeitpunkt entfaltet¹³. Will der Arbeitgeber dies verhindern, so ist es ihm nach Treu und Glauben zumutbar, die Kündigung vor dem Ferienantritt des Arbeitnehmers auszusprechen¹⁴. Dies selbstverständlich nur in Fällen, in denen der Arbeitnehmer die Fe-

11 Vgl. BAG, NJW 1989, 2213f., NJW 1989, 606.

12 STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 14 zu Art. 335 OR, m. w. Nw. Entscheidend ist nicht die tatsächliche Kenntnisnahme (missverständlich insoweit BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. A., Bern 1996, N 3c zu Art. 335 OR), sondern der Zeitpunkt, in dem *ein durchschnittlicher Arbeitnehmer* Kenntnis nimmt.

13 Demgegenüber scheint das BAG der ferienbedingten Abwesenheit generell keine Bedeutung beizumessen, auch dann nicht, wenn der Arbeitgeber schon vor den Ferien hätte kündigen können (vgl. NJW 1989, 2213f.; NJW 1989, 606; anders noch NJW 1981, 1470). Die Lehre ist geteilter Meinung: Der jetzigen Rechtsprechung des BAG haben sich beispielsweise DILCHER, JZ 1981, 298f., und VON OLSHAUSEN, JZ 1981, 633f., angeschlossen, wogegen etwa NIPPE, JuS 1991, 289f., und Medicus, BGB AT, 3. A., Heidelberg 1982, Nr. 283, die frühere Ansicht des BAG übernommen haben (die späteren Auflagen sind nicht mehr eindeutig, vgl. etwa 6. A., 1994, Nr. 283). SIGRIST (zit. in Fn. 8, 40 [Text und Anm. 2]), scheint im Ergebnis die gleiche Auffassung zu vertreten wie das BAG heute.

14 Ähnlich Gewerbliches Schiedsgericht BS, JAR 1992, 214f.; STREIFFE/VON KÄNEL (zit. in Fn. 1), N 5 zu Art. 335 OR; STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 14 zu Art. 335 OR. Den Beweis, in welchem Zeitpunkt die Kündigungsabsicht entstanden ist, hat der Arbeitgeber zu erbringen. Bei einer ordentlichen Kündigung wird dieser Beweis regelmässig misslingen. Bei einer ausserordentlichen Kündigung sind hingegen durchaus Fälle denkbar, in denen sich der Kündigungsgrund erst während der ferienbedingten Abwesenheit des Arbeitnehmers zeigt (es stellt sich z. B. heraus, dass er Geld unterschlagen hat).

rien im Einverständnis mit dem Arbeitgeber bezogen hat. Hat er sie eigenmächtig angetreten, so bleibt es beim Grundsatz, dass das an die Heimadresse des Arbeitnehmers zugestellte Kündigungsschreiben mit dem «Eintreffen» (oben I./Ziff. 1) Wirksamkeit entfaltet¹⁵.

Zusammenfassend lässt sich feststellen: Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer auch während dessen Ferienabwesenheit an die Heimadresse kündigen. Das Kündigungsschreiben entfaltet grundsätzlich in dem Moment Wirkung, in dem es in den Briefkasten gelegt wird (Normalschreiben) bzw. bei der Poststelle zur Abholung bereitliegt (Einschreibesendung; Genaueres oben I./Ziff. 2). Dieser theoretische Grundsatz wird jedoch praktisch in sein Gegenteil verkehrt. Denn immer dann, wenn der Arbeitgeber die Kündigungsabsicht schon vor den Ferien hatte, und das ist die Regel, wird die an die Heimadresse adressierte Kündigung erst nach der Rückkehr des Arbeitnehmers bzw. dann wirksam, wenn sie dem Arbeitnehmer am Ferienort zugestellt wird; vorbehalten sind lediglich jene seltenen Fälle, in denen der Arbeitnehmer die Ferien eigenmächtig bezogen hat, er also «abgehauen» ist.

2. Kündigung an die Ferienadresse. Der Arbeitgeber *kann* nach der hier vertretenen Ansicht dem Arbeitnehmer die Kündigungserklärung – grundsätzlich – an die Heimadresse schicken. Eine andere Frage ist, ob er dies (im Sinne einer Obliegenheit) muss oder ob er das Kündigungsschreiben nicht vielmehr auch an die Ferienadresse schicken kann. Die Frage wird von der Lehre zu Recht im letzteren Sinne beantwortet¹⁶. Es steht also dem Arbeitgeber frei, wie er die Kündigungserklärung in den Machtbereich des Arbeitnehmers bringt bzw. in welchen Machtbereich (Ferien- oder Heimadresse) er sie bringt. Vorbehalten sind – wie immer – Rechtsmissbrauchsfälle. Wenn also beispielsweise der Arbeitnehmer darum bittet, ihn an der Ferienadresse nicht mit einer allfälligen Kündigungserklärung zu behelligen, so hat der Arbeitgeber diesen Wunsch nach Treu und Glauben zu respektieren.

15 STREIFF/VON KAENEL (zit. in Fn. 1), N 5 zu Art. 335 OR; BRÜHWILER (zit. in Fn. 12), N 3b zu Art. 335 OR; Sem.fud 1989, 671.

16 STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, N 14 zu Art. 335 OR; BRÜHWILER (zit. in Fn. 12), N 3c zu Art. 335 OR.