Urteilskopf

136 III 96

13. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. X. GmbH (vormals Y. GmbH) gegen A. (Beschwerde in Zivilsachen) 4A_347/2009 vom 16. November 2009

Regeste (de):
Art. 335b und 336b OR; missbräuchliche Kündigung während der Probezeit; Frist zur schriftlichen Einsprache bei verkürzter Kündigungsfrist.

Die Einsprache gegen eine missbräuchliche Kündigung während der Probezeit ist auch bei verkürzter Kündigungsfrist längstens bis zu deren Ende zu erheben, soweit dies möglich und zumutbar ist (E. 2 und 3).

Regeste (fr):
Art. 335b et 336b CO; résiliation abusive pendant le temps d'essai; délai pour faire opposition par écrit en cas de délai de congé réduit.

L'opposition contre une résiliation abusive pendant le temps d'essai doit être formée en cas de délai de congé réduit également au plus tard jusqu'à la fin de ce délai, dans la mesure où cela est possible et raisonnablement exigible (consid. 2 et 3).

Regesto (it):
Art. 335b e 336b CO; disdetta abusiva durante il periodo di prova; termine per introdurre l'opposizione scritta in presenza di un termine di disdetta ridotto.

L'opposizione contro una disdetta abusiva durante il periodo di prova va formulata, anche in presenza di un termine di disdetta ridotto, al più tardi alla scadenza di tale termine, nella misura in cui ciò sia possibile e ragionevolmente esigibile (consid. 2 e 3).

Sachverhalt ab Seite 96

BGE 136 III 96 S. 96

Die X. GmbH (vormals Y. GmbH; Beschwerdeführerin) betrieb einen Nachtclub, in dem einerseits Bardamen arbeiteten und anderseits auch so genannte "Tänzerinnen" als Prostituierte beschäftigt wurden. Die Beschwerdeführerin stellte A. (Beschwerdegegnerin) als Bardame (nicht als Prostituierte) ein. Die Parteien unterzeichneten zwei Arbeitsverträge, die beide eine Probezeit von drei Monaten und eine Kündigungsfrist von drei Tagen vorsehen. Die Beschwerdeführerin kündigte das Arbeitsverhältnis während der Probezeit mit Schreiben vom 9. August 2004, das sie am 10. August 2004 als Einschreiben der Post übergab. Die Kündigung wurde der Beschwerdegegnerin am 12. August 2004 auch mündlich eröffnet. Mit Schreiben vom 18. August 2004 erhob die Beschwerdegegnerin Einsprache und machte geltend, die Kündigung sei erfolgt, weil sie sich geweigert habe, sich im Betrieb der Beschwerdeführerin prostituieren zu lassen und nicht bereit gewesen sei, mit dem Geschäftsführer den Geschlechtsverkehr zu vollziehen. Damit sei die Kündigung

missbräuchlich. Zwischen den Parteien ist streitig, ob diese Vorwürfe zutreffen und ob die Einsprache rechtzeitig erfolgte. Mit Beschluss vom 3. September 2008 verpflichtete das Obergericht des Kantons Zürich die Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegnerin unter anderem eine Entschädigung von Fr. 13'800.- wegen missbräuchlicher Kündigung nebst Zins zu bezahlen. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht im Wesentlichen, "die von der Beschwerdegegnerin geltend gemachte Strafzahlung" abzuweisen. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut, da die Einsprache verspätet erfolgte. (Zusammenfassung)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Eine Kündigung kann grundsätzlich auch während der Probezeit missbräuchlich sein. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Missbrauchsbestimmungen mit Blick auf den Zweck der Probezeit gegenüber einem Arbeitsverhältnis mit ordentlicher Kündigungsfrist nur einschränkend zur Anwendung gelangen (BGE 134 III 108 E. 7.1 S. 110 mit Hinweisen). Ist die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses missbräuchlich (Art. 336 OR), hat diejenige Partei, welche die Kündigung ausgesprochen hat, der anderen Partei eine Entschädigung auszurichten (Art. 336a OR). Wer eine solche Entschädigung geltend machen will, muss gegen die Kündigung längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist beim Kündigenden schriftlich Einsprache erheben (Art. 336b Abs. 1 OR). An die Formulierung der Einsprache werden keine allzu hohen Anforderungen gestellt. Es genügt, wenn die betroffene Partei gegenüber der kündigenden Person schriftlich zum Ausdruck bringt, mit der Kündigung nicht einverstanden zu sein (BGE 123 III 246 E. 4c S. 253). Ist die Einsprache gültig erfolgt und einigen sich die Parteien nicht über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, kann die Partei, der gekündigt worden ist, ihren Anspruch auf Entschädigung geltend machen. Wird nicht innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Klage anhängig gemacht, ist der Anspruch verwirkt (Art. 336b Abs. 2 OR).

2.1 Art. 336b OR wurde per 1. Januar 1989 ins Gesetz aufgenommen. Diese Bestimmung fehlte im Entwurf des Bundesrats zu dieser Gesetzesrevision. Sie wurde vom Parlament in Anlehnung an Art. 336g aOR ins Gesetz eingefügt (vgl. RICHARD BARBEY, La

procédure relative aux résiliations abusives du contrat de travail, in: Les nouvelles dispositions du Code des obligations en matière de résiliation du contrat de travail, 1990, S. 105) mit der Absicht, die Vertragsparteien nach erfolgter Kündigung zu einer gütlichen Einigung über die Fortführung des Arbeitsverhältnisses zu bewegen und ihnen nach dem Scheitern entsprechender Verhandlungen möglichst schnell Klarheit über die geltend gemachten Ansprüche zu verschaffen. Der Gesetzgeber war sich bewusst, dass Rechtsuchende, die über diese speziellen Fristen nicht orientiert sind, Opfer der Fristen werden könnten, nahm dies aber mit Blick auf die Rechtssicherheit in Kauf (AB 1985 N 1137 f.; AB 1987 S 347).

2.2 Ob das Ziel, eine gütliche Einigung zu fördern, erreicht wird, wird zwar bezweifelt (vgl. ADRIAN STAE-

HELIN, in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 1996, N. 1 zu Art. 336b OR mit Hinweisen). Nach einhelliger Lehre ist die form- und fristgerechte Einsprache gegen die missbräuchliche Kündigung aber unabdingbar. Sie entfällt auch nicht, weil Einigungsverhandlungen angesichts der Haltung der Gegenpartei keinen Sinn ergeben. Wird die Einsprache nicht gültig erhoben, stimmt die Partei, der gekündigt worden ist, der Kündigung im Sinne einer unwiderlegbaren Vermutung zu. Dem Gekündigten steht nur eine Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Kündigung zu (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl. 2006, N. 3 zu Art. 336b OR; MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, 1992, N. 2 zu Art. 336b OR; RÉMY WYLER, Droit du travail, 2. Aufl. 2008, S. 553 ff.; STAEHELIN, a.a.O., N. 2 zu Art. 336b OR mit weiteren Hinweisen).

2.3 Massgebend für die Einhaltung der Frist gemäss Art. 336b Abs. 1 OR ist nach herrschender Lehre der Zeitpunkt des Zugangs der Einsprache. Diese hat daher als empfangsbedürftige Willenserklärung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zu erfolgen (STAEHELIN, a.a.O., N. 3 zu Art. 336b OR; REHBINDER, a.a.O., N. 2 zu Art. 336b OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 3 zu Art. 336b OR; WYLER, a.a.O., S. 555; ROLAND BERSIER, La résiliation abusive du contrat du travail [art. 336 à 336b CO], SJZ 89/1993 S. 321; DENIS HUMBERT, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 1991, S. 112). Ein Teil der Lehre lässt die Postaufgabe am letzten Tag der Kündigungsfrist genügen (BARBEY, a.a.O., S. 114; CHRISTIANE BRUNNER UND ANDERE, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl. 2005, N. 2 zu Art. 336b OR). Art. 336b OR ist als absolut zwingende Bestimmung ausgestaltet (Art. 361 Abs. 1 OR).

BGE 136 III 96 S. 99

3. Die für die Probezeit gesetzlich vorgesehene Kündigungsfrist von sieben Tagen (Art. 335b Abs. 1 OR) kann - entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin - durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag anders bestimmt (Art. 335b Abs. 2 OR) oder ganz wegbedungen werden. Bei der so genannten "entfristeten" Kündigung endet das Arbeitsverhältnis mit dem Zugang der Kündigung (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 8 zu Art. 335b OR mit Hinweisen). Gemäss beiden Arbeitsverträgen vereinbarten die Parteien eine verkürzte Kündigungsfrist von drei Tagen.

3.1 Nach den Erwägungen des Obergerichts ergibt sich bei der Geltendmachung einer Entschädigung im Sinne von Art. 336a OR eine Schwierigkeit, wenn während der Probezeit die Kündigungsfrist gegenüber der gesetzlichen Vorgabe von sieben Tagen (Art. 335b Abs. 1 OR) deutlich gekürzt oder "entfristet" wird. Nach Art. 336b Abs. 1 OR müsse die erforderliche Einsprache nämlich "längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist" erfolgen und zwar dergestalt, dass sie binnen dieser Frist bei der Gegenpartei eintreffe. Dies sei aber bei einer "entfristeten Kündigungsfrist" schon theoretisch, bei einer verkürzten Kündigungsfrist praktisch unmöglich, da einige Tage verstreichen könnten, bis die Kündigung im Herrschaftsbereich der betroffenen Vertragspartei eintreffe. Der Gesetzgeber habe an diese Fälle schlicht nicht gedacht, weshalb von einer Gesetzeslücke auszugehen sei, die mangels Gewohnheitsrecht gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB nach derjenigen Regel zu entscheiden sei, welche das Obergericht als Gesetzgeber aufstellen würde. Die Einsprachefrist müsse während der Probezeit bei verkürzten oder aufgehobenen Kündigungsfristen mindestens sieben Tage entsprechend der dispositiven Kündigungsfrist während der Probezeit (Art. 335b Abs. 1 OR) betragen. Damit werde gewährleistet, dass die betroffene Vertragspartei ihre Ansprüche gemäss Art. 336a OR wahren könne.

3.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Annahme, es bestehe eine zu füllende Gesetzeslücke, verstosse gegen Art. 1 Abs. 2 ZGB. Das Obergericht habe Bundesrecht (Art. 336b Abs. 1 OR) verletzt, indem es von einer rechtzeitigen Einsprache ausgegangen sei. Überdies sei die Einsprache selbst dann verspätet, wenn man von einer siebentägigen Einsprachefrist ausgehe.

3.3 Eine echte Gesetzeslücke liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dann vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz

diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann (BGE 128 I 34 E. 3b S. 42; BGE 121 III 219 E. 1d/aa S. 225; je mit Hinweisen). Von einer unechten oder rechtspolitischen Lücke ist demgegenüber die Rede, wenn dem Gesetz zwar eine Antwort, aber keine befriedigende zu entnehmen ist (ARTHUR MEIER-HAYOZ, in: Berner Kommentar, 1962, N. 271 ff. zu Art. 1 ZGB; HENRI DESCHENAUX, Le Titre préliminaire du Code civil, in: SPR, Bd. II/1, 1969, S. 89 ff.). Echte Lücken zu füllen, ist dem Richter aufgegeben, unechte zu korrigieren, ist ihm nach traditioneller Auffassung grundsätzlich verwehrt, es sei denn, die Berufung auf den als massgeblich erachteten Wortsinn der Norm stelle einen Rechtsmissbrauch dar (MEIER-HAYOZ, a.a.O., N. 295 ff. zu Art. 1 ZGB).

3.4 Wird die Kündigungsfrist während der Probezeit gekürzt oder wegbedungen, verkürzt sich die Dauer der Einsprachefrist entsprechend. Besteht keine Kündigungsfrist und wird die Kündigung umgehend wirksam, ist es in der Tat unmöglich, eine schriftliche Einsprache zu erheben, die bis zum Ablauf der Kündigungsfrist beim Kündigenden eintrifft. Die Vorinstanz ist grundsätzlich zutreffend davon ausgegangen, dass die für die Einsprache aufgestellten Formvorschriften (Art. 336b OR) den Anspruch auf Entschädigung bei missbräuchlicher Kündigung (Art. 336a OR) nicht vereiteln dürfen. Eine schematische Anwendung einer siebentätigen Einsprachefrist bei gegenüber dem dispositiven Gesetzesrecht verkürzten Kündigungsfristen würde auch Fälle erfassen, in denen es dem Arbeitnehmer möglich und zumutbar ist, innert der verkürzten Kündigungsfrist Einsprache zu erheben. Dies scheint mit Blick auf den vom Gesetz verfolgten Zweck der Rechtssicherheit und der Förderung einer gütlichen Einigung (vgl. E. 2.1) nicht gerechtfertigt. Darf vom Arbeitnehmer nach Treu und Glauben erwartet werden, innerhalb der verkürzten Frist zu reagieren, rechtfertigt es sich nicht, eine Lücke anzunehmen und vom klaren Wortlaut des Gesetzes abzuweichen. Eine Lücke besteht somit nur, wenn die Kündigungsfrist derart verkürzt oder gänzlich wegbedungen ist, dass es dem Arbeitnehmer nicht möglich oder nicht zumutbar ist, fristgerecht Einsprache zu erheben. Die Parteien vereinbarten eine Kündigungsfrist von drei Tagen. Zu prüfen bleibt daher, ob es der Beschwerdegegnerin anhand der gesamten Umstände möglich und zumutbar war, rechtzeitig Einsprache zu erheben.

4.

4.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Obergericht Bundesrecht verletzt hat, indem es die Frist für die Einsprache auf die in Art. 335b Abs. 1 OR vorgesehene siebentägige Frist verlängerte, obwohl es der Beschwerdegegnerin möglich und zumutbar gewesen wäre, innert der gemäss Art. 335b Abs. 2 OR vertraglich verkürzten Kündigungsfrist Einsprache zu erheben. Die Einsprache der Beschwerdegegnerin ist daher nicht rechtzeitig erfolgt. Entsprechend steht ihr keine Entschädigungsforderung nach Art. 336a OR zu. Angesichts dieses Ergebnisses kann offenbleiben, ob die Einsprache auch bei der Annahme einer siebentägigen Einsprachefrist verspätet erfolgte und ob die Kündigung missbräuchlich war.