

Referenz: arvonline 2010 n. 412
Publikationsdatum: 29.06.2010
Rechtsgebiet: Arbeitsrecht

Bundesgericht, Urteil vom 16. November 2009, 4A_347/2009, BGE 136 III 96 - Mit Kommentar von RA lic. iur. Georges Chanson

Bei abgekürzten oder gänzlich wegbedungenen Kündigungsfristen in der Probezeit haben Arbeitnehmende nicht generell 7 Tage Zeit für eine Einsprache wegen missbräuchlicher Kündigung, sondern es ist zu prüfen, ob dem Arbeitnehmenden nach Treu und Glauben eine Reaktion vor Ablauf der Kündigungsfrist zuzumuten ist

RA lic. iur. [Georges Chanson](#), Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Kommentar zu BGE 136 III 96

Nachdem eine Arbeitgeberin bei den Zürcher Rechtsmittelinstanzen unterlegen war, hat ihr die I. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts mit Urteil vom 16. November 2009 ([4A_347/2009](#), [BGE 136 III 96](#)) Recht gegeben. Die Arbeitgeberin war von den Vorinstanzen zur Zahlung einer Missbrauchsentschädigung verpflichtet worden, obwohl die Arbeitnehmerin erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Einsprache erhoben hatte. Das Bundesgericht schützte die Auffassung des Zürcher Obergerichts nicht, dass bei sehr kurzen Kündigungsfristen oder einer "entfristeten" Kündigung in der Probezeit eine Gesetzeslücke bestehe, welche mit der Annahme einer generellen Mindestfrist zur Einsprache von 7 Tagen zu füllen sei.

Sachverhalt und Verfahren

Aus dem in der amtlichen Sammlung publizierten Urteil und aus einem Entscheid des Zürcher Kassationsgerichts im gleichen Fall vom 24. Juli 2008 ([AA080003](#), publiziert unter [www.gerichte-zh.ch/entscheide.html](#)) geht hervor, dass der als Bardame in einem Nachtclub beschäftigten Arbeitnehmerin noch während der Probezeit gekündigt worden ist. Sie 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. Dieser äusserte sich dahin, dass er mit deren Leistung als Barmaid nicht zufrieden gewesen sei. Die Arbeitnehmerin habe keinen Wert auf ein attraktives Äusseres gelegt und sich auch nicht um die Gäste gekümmert. Ein für die Frage der Missbräuchlichkeit relevanter Schauplatz des Prozesses war in diesem Zusammenhang die Auslegung des Ausdrucks "Schlampe", was dem Kassationsgericht Gelegenheit zu hochstehender Begriffserklärung gab (E. II.1a), aber im bundesgerichtlichen Verfahren ohne Bedeutung blieb. Für die hier zu behandelnde Frage ist auch ohne Relevanz, dass das Kassationsgericht im ersten Beschwerdeverfahren den obergerichtlichen Entscheid aufhob und die Beschwerde gegen den zweiten Entscheid abwies, soweit es darauf eintrat. Man kann sich angesichts des am Schluss noch strittigen Betrags von knapp 14'000 Franken höchstens fragen, wer sich solche Prozesse mit Beweisverfahren leisten kann.

Die Parteien hatten schriftlich eine Probezeit von 3 Monaten mit einer Kündigungsfrist von 3 Tagen vereinbart. Davon machte die Arbeitgeberin Gebrauch, indem sie am 10. August 2004 eine auf den Vortag datierte Kündigung auf den 12. August zur Post gab, die sie an diesem 12. auch noch mündlich eröffnete. Die Arbeitnehmerin protestierte dagegen mit Schreiben vom 18. August, dessen Eingangsdatum strittig und von der Post nicht mehr eruierbar war und vom Obergericht nach dem normalen postalischen Lauf auf den Folgetag festgelegt wurde. Diese Erkenntnis stützte die zweite Instanz unter anderem darauf, dass die Arbeitgeberin der Editionsaufrorderung, das Zustellcouvert einzureichen, nicht nachgekommen sei und nach § 148 ZPO ZH die nachteiligen Folgen zu tragen habe, womit das Kassationsgericht einen Nichtigkeitsgrund gesetzt sah. Geendet hat das Arbeitsverhältnis 3 Tage nach der mündlichen Eröffnung, d.h. am Sonntag, 15. August 2004 (E. 4.1 des Bundesgerichts). Damit wurde die Einsprache am 18. August erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Post gegeben. Das Obergericht billigte der Arbeitnehmerin aber diesbezüglich zu, dass bei der sog. "entfristeten", d.h. unmittelbar mit Zugang wirksamen Kündigung oder bei sehr kurzen Kündigungsfristen in der Probezeit in Bezug auf die Einsprachefrist nach [Art. 336b Abs. 1 OR](#) eine Gesetzeslücke bestehe und die Frist diesfalls mindestens 7 Tage entsprechend der dispositiven Kündigungsfrist während der Probezeit ([Art. 335b Abs. 1 OR](#)) betragen müsse.

Erwägungen des Bundesgerichts

Dieser generellen Einräumung einer Mindestfrist von 7 Tagen konnte sich das Bundesgericht nicht anschliessen (E. 3.4). Es erkannte zwar, dass bei einer "entfristeten" Kündigung eine Einsprache vor Ablauf des Arbeitsverhältnisses unmöglich ist und dass die Formvorschriften für die Einsprache den Anspruch auf die Entschädigung nicht vereiteln dürfen. Eine echte Gesetzeslücke bestehe aber nur dann, wenn die Kündigungsfrist derart verkürzt oder gänzlich wegbedungen sei, dass dem Arbeitnehmer nicht möglich oder - nach Treu und Glauben - nicht zumutbar sei, innert der verkürzten Kündigungsfrist fristgerecht Einsprache zu erheben. Dies wird mit dem Hinweis auf die vom Gesetz verfolgten Zwecke der Rechtssicherheit und der Förderung einer gütlichen Einigung erklärt. Im konkreten Fall sei nicht rechtsgenügend dargelegt und auch nicht ersichtlich, weshalb es der Arbeitnehmerin nicht möglich gewesen wäre, innert der vereinbarten Kündigungsfrist von 3 Tagen Einsprache zu erheben. Deshalb könne auch offen bleiben, ob die Frist zur Einsprache bereits mit deren Postaufgabe gewahrt ist, was von einem Teil der Lehre vertreten wird, während nach herrschender Lehre der Zeitpunkt des Zugangs massgebend ist. Nicht folgen konnte das höchste Gericht dem Einwand der Arbeitnehmerin, es gelte die 14-tägige Kündigungsfrist des Landes-Gesamtarbeitsvertrags im Gastgewerbe, was diese damit begründete, dass sie die Arbeit früher als vertraglich vorgesehen begonnen habe und dass der L-GAV bei längeren Probezeiten zwingend auch eine längere Kündigungsfrist vorsehe.

Mit Verweis auf [BGE 134 III 108](#) (vgl. dazu [ARVonline-2008-218](#)) bestätigte das Bundesgericht erneut, dass auch eine Kündigung während der Probezeit grundsätzlich missbräuchlich sein kann (E. 2). Gleichzeitig hielt es fest, dass eine form- und fristgerechte Einsprache nach einhelliger Lehre unabdingbar sei. Werde die Einsprache nicht gültig erhoben, stimme die Partei, der gekündigt worden ist, der Kündigung im Sinne einer unwiderlegbaren Vermutung zu (E. 2.2).

Beurteilung des Entscheids

Der Entscheid des Bundesgerichts, keine generelle Mindestdauer der Einsprachefrist von 7 Tagen anzunehmen, ist aus einer gesetzgeberisch geprägten Sicht des Verfassers zu begrüssen, zumal dies auch dem Wortlaut von [Art. 336b Abs. 1 OR](#) widerspricht. Es ist nicht zu verkennen, dass die Einsprache ein vom Gesetzgeber gewolltes Rechtsweghindernis ist, das auch mit Blick darauf verstanden werden kann, dass die Ausgestaltung des materiellen Kündigungsschutzes im schweizerischen Recht Kompromisse zugunsten der Arbeitgebenden umfasste, was Rehinder pointiert als gewollte Verwässerung des Kündigungsschutzes bezeichnet hat (Berner Kommentar zum Obligationenrecht, 1992, N 1 zu Art. 336b). Man war sich, woran das Bundesgericht in E. 2.1 erinnert, im Parlament auch bewusst, dass Rechtssuchende mangels Kenntnis des Gesetzes Opfer dieser Fristen werden könnten. Den politischen Bestrebungen, die Einsprache abzuschaffen - es gab dazu 3 parlamentarische Vorstösse von Nationalrätin Anita Thanei in den Jahren 1996, 1998 und 2004 - war bisher kein Erfolg beschieden. Diese Fakten können - selbst wenn man sie für sozial unpassend hält - nicht einfach weggeschoben werden.

Bei der vom Bundesgericht vorgegebenen Prüfung, wann es Arbeitnehmenden bei kurzer Kündigungsfrist nach den gesamten Umständen und nach Treu und Glauben möglich und zumutbar ist, rechtzeitig Einsprache zu erheben, ist dieser Entscheid für die Praxis keine grosse Hilfe, weil er keine Kriterien aufstellt, sondern sich im Wesentlichen auf eine ungenügende Darlegung des dazu relevanten Sachverhalts durch die Arbeitnehmerin abstützt. Wohl deshalb bleibt unbehandelt, dass die Kündigungsfrist konkret vom Freitag bis Sonntag lief, was im Licht der Empfangsbedürftigkeit der Einsprache als Erschwernis erscheint, zumal die Schweizerische Post seit mehreren Jahren am Samstag keine eingeschriebenen Briefe mehr zustellt und auch die Express-Dienstleistungen am Sonntag und am Abend eingeschränkt hat. Aus dieser zeitlichen Konstellation zu folgern, das Bundesgericht verlange von Arbeitnehmenden eine sehr schnelle Reaktion, wäre aber spekulativ. Vielmehr lässt der Entscheid wichtige Fragen des Praktikers offen, auch jene, was gilt und wie zu entscheiden ist, wenn Arbeitnehmenden im Einzelfall nicht zugemutet werden kann, vor Vertragsende Einsprache zu erheben. Unbefriedigend scheint auch, dass erst nach einer vertieften Einzelfallbetrachtung und nach Ermessensausübung (bezüglich der Zumutbarkeit nach Treu und Glauben) klar wird, wann dann doch eine Gesetzeslücke vorliegt. Diesbezüglich hätte die "7-Tage-Regel" des Zürcher Obergerichts wenigstens Rechtssicherheit geschaffen. Interessanterweise hat die I. Zivilkammer des gleichen Gerichts in einem Entscheid vom 5. Dezember 2007 ([LA070024](#), publiziert unter [www.gerichte-zh.ch/entscheide.html](#)), wo es um eine Einsprache während einer 2-Tages-Kündigungsfrist nach [Art. 19 Abs. 4 lit. a des Arbeitsvermittlungsgesetzes \(AVG\)](#) ging, nicht so eindeutig Position bezogen wie die II. Zivilkammer, sondern bloss die Möglichkeit einer Verlängerung der Einsprachefrist in Betracht gezogen, die Frage aber offen gelassen, weil ein Protest erst 2 Monate nach Arbeitsende erklärt worden war. Leider ist der Obergerichtsentscheid LB070051 vom 3. Dezember 2007, der diesem Verfahren zugrunde liegt, unpubliziert geblieben, weil sich das Zürcher Obergericht derzeit noch schwer tut, seine Urteile und auch jene der Zürcher Bezirksgerichte in der Entscheidsammlung der zürcherischen Zivil- und Strafgerichte im Internet zu publizieren.