

**218 Bundesgericht, Urteil vom 28. November 2008, 4A\_385/2007, BGE 134 III 108 - Mit Kommentar von RA lic. iur. Georges Chanson*****Missbräuchliche Kündigung in der Probezeit bejaht und Missbrauchsentschädigung von CHF 20'000 (d.h. rund 1.5 Monatslöhne) bestätigt***RA lic. iur. [Georges Chanson](#), Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Erwägung 7 des Bundesgerichtsentscheids [4A\\_385/2007](#) ist als [BGE 134 III 108](#) veröffentlicht worden.

**Missbräuchliche Kündigung in der Probezeit sanktioniert****Übersicht**

Auf die Beschwerde in Zivilsachen der Arbeitgeberin hat die I. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts in Fünfer-Besetzung mit Urteil vom 28. November 2007 im Fall eines Anästhesiearztes bestätigt, dass die Bestimmungen über die missbräuchliche Kündigung bereits in der Probezeit Anwendung finden können. Die - vollumfänglich abgewiesene - Beschwerde richtete sich gegen einen im Internet publizierten Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 21. August 2007 ([BZ.2007.1](#)). Diesem ging ein Verfahren vor Arbeitsgericht Rorschach voraus, das den sachlichen Kündigungsschutz während der Probezeit nur zurückhaltend angewandt sehen wollte. Es erwog, den Parteien sei es nicht gelungen, in der Probezeit ein Vertrauensverhältnis aufzubauen und eine gemeinsame Marschrichtung festzulegen, weshalb der Arbeitgeberin die Ausübung des Kündigungsrechts in der Probezeit zugestanden werden müsse und die Klage auf eine Pönale in der Höhe von zwei Monatslöhnen (26'800 Franken) nebst Zins abzuweisen sei. Die III. Zivilkammer des Kantonsgerichts kam wie erwähnt zu einem anderen Schluss und sprach gestützt auf Art. 336aOR eine Entschädigung von 20'000 Franken zu, was ziemlich genau 11/2 Monatslöhnen entspricht.

**Sachverhalt: Divergenzen über das künftige Pensum**

Aus den publizierten Entscheiden des Kantonsgerichts und des Bundesgerichts ergibt sich, dass der Kläger am 1. Mai 2006 seine Stelle als Facharzt für Anästhesie antrat und die Parteien gleichentags einen Arbeitsvertrag über ein 80%-Pensum unterzeichneten, wobei der Arzt jeweils am Freitag im Umfang eines 20%-Pensums in einer anderen Klinik arbeitete. Zwischen den Parteien war besprochen, dass der Arbeitnehmer später im Rahmen dieses Pensums für die Schmerztherapie in der Klinik der neuen Arbeitgeberin und für deren Belegärzte eingesetzt würde. Diese Schmerztherapie und die rasche Eröffnung einer Schmerzklinik durch die beklagte Arbeitgeberin waren Thema einer Besprechung vom 15. Mai 2006 zwischen deren Verwaltungsratspräsidenten und dem Arzt. Dieser teilte seinem Vorgesetzten anderntags via E-Mail mit, dass er gegen eine überstürzte Ankündigung dieser neuen Dienstleistung sei, dies einem Hüftschuss gleich käme und dass zuerst sein Status und die vertragliche Beziehung geklärt werden müsse, bevor man seinen Namen im Zusammenhang mit dieser Schmerzklinik verwende. Er wies darauf hin, was bestritten blieb, dass die Eröffnung des Schmerzzentrums im September 2006 vereinbart worden sei. Mit Brief vom 22. Mai 2006 wurde dem Arzt die Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf Ende Mai angezeigt. Der Verwaltungsratspräsident führte in diesem Kündigungsschreiben aus, er habe sich vorgestellt, dass der Arbeitnehmer zusätzlich diese Schmerztherapie in einer 20%-Tätigkeit übernehmen werde, nach einer Sitzung aber habe feststellen müssen, dass der Arzt mit der Vorgehensweise und dem Zeitpunkt des Beginns der Schmerztherapie nicht einverstanden sei. Da man nicht die Zeit habe, noch einige Monate zu warten, und im Juni 2006 mit der Schmerztherapie starten möchte, sei man zum Schluss gekommen, die Stelle entspreche nicht der Vorstellung der Parteien, und habe sich für eine andere Lösung entschieden.

**Tatsächliche Grundlagen für den Entscheid des Bundesgerichts**

Das St. Galler Kantonsgericht hatte seinem Entscheid zugrunde gelegt, dass die Arbeitgeberin bei der Anstellung von der anderen Tätigkeit des Arztes im Umfang von 20% wusste. Sie habe auch das

Vertrauen erweckt, dass er noch längere Zeit teilzeitlich beschäftigt sei. Entsprechend habe der Arzt nicht damit rechnen müssen, dass von ihm so rasch zusätzliche Kapazität erwartet werde. Widersprüchlich und missbräuchlich sei, dass die Arbeitgeberin trotz des von ihr erweckten Vertrauens die Kündigung aussprach, als der Arzt nicht zu einer sofortigen Aufstockung seiner Tätigkeit bereit war (E. 2).

Von diesem Sachverhalt ging auch das Bundesgericht aus (E. 3) und wies den Einwand, der Mitarbeiter habe nicht auf die Beständigkeit der Teilzeitarbrede vertrauen können, zurück. Vielmehr habe der angestellte Arzt darauf vertrauen können, dass die Eröffnung der Schmerzlinik - und damit die Ausweitung seines Pensums - auf einen Zeitpunkt festgesetzt würde, der ihm die Anpassung seiner Arbeitssituation erlaubt. Auch könne die Arbeitgeberin nichts aus einer reglementarischen Klausel in den Arbeitsbedingungen ableiten, welche die Zuweisung von anderer als der vertraglich vereinbarten Arbeit und die Übertragung zusätzlicher Aufgaben vorsieht (E. 4). Mit der Vorinstanz verstand das Bundesgericht diese Klausel so, dass es um die Zuteilung von Arbeit innerhalb des vereinbarten 80%-Pensums gehe und nicht um eine Ausweitung der Tätigkeit im prozentualen Umfang.

Auf die Kritik an der vorinstanzlichen Beurteilung der Kündigungsgründe ging das Bundesgericht nicht ein, da die Arbeitgeberin diesbezüglich ihrer Begründungspflicht im Beschwerdeverfahren nicht genügt habe (E. 5). Schliesslich wies das Bundesgericht auch den Einwand der Arbeitgeberin ab, da ihr das Vertrauen des Arztes in die Teilzeitarbrede gar nicht bekannt gewesen sei, könne ihr auch nicht rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden (E. 6).

### **Zentrale Erwägungen zum sachlichen Kündigungsschutz in der Probezeit**

Streitig im bundesgerichtlichen Verfahren war die zentrale Frage (behandelt in Erwägung 7 des besprochenen Entscheids), unter welchen Umständen eine Kündigung auch während der Probezeit in den Schutzbereich des sachlichen Kündigungsschutzes von [Art. 336 OR](#) falle und ob die Kündigung der Arbeitgeberin missbräuchlich sei. Bereits das Kantonsgericht St. Gallen hatte eine gründliche Auslegeordnung zur Praxis des sachlichen Kündigungsschutzes in der Probezeit gemacht (E. III.1 im vorinstanzlichen Entscheid [BZ.2007.1](#)). Das Bundesgericht rekapitulierte, dass die Frage, ob der sachliche Kündigungsschutz auch in der Probezeit greife, in der Lehre uneinheitlich beurteilt werde und vom Bundesgericht selber nicht abschliessend beurteilt worden sei. Allerdings sei im Entscheid [4A\\_281/2007 vom 18. Oktober 2007](#) (dort E. 5.2 am Ende) festgehalten, für den Fall, dass der Kündigungsschutz zur Anwendung kommen sollte, sei nur mit Zurückhaltung auf die Missbräuchlichkeit der Kündigung zu schliessen. Indessen ergebe sich der Schutz vor missbräuchlichem Verhalten bereits aus dem allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbot, das durch Art. 336OR konkretisiert werde, wobei die Aufzählung in dieser Bestimmung nicht abschliessend sei. Grundsätzlich sei davon auszugehen, dass auch eine Kündigung während der Probezeit missbräuchlich sein könne. Zu prüfen bleibe aber im Einzelfall, ob die Kündigung, welche einen Tatbestand nach Art. 336 OR erfülle oder sonst in einem gewöhnlichen Arbeitsverhältnis als missbräuchlich angesehen würde, mit Blick auf den durch die Probezeit verfolgten Zweck zulässig erscheine (E. 7.1 am Ende). Damit hat das Bundesgericht den auch vom Wortlaut des Gesetzes (vgl. dazu Art. 336 Abs. 1 mit [Art. 336c Abs. 1 OR](#)) nicht ausgeschlossenen sachlichen Kündigungsschutz während der Probezeit sanktioniert, lässt aber gewissermassen als Ausschlussgrund das Hintertürchen einer an sich missbräuchlichen, aber wegen dem Probezeit-Zweck zulässigen Kündigung offen. Zweck der Probezeit sei es, den Parteien zu ermöglichen, einander kennen zu lernen und abzuschätzen, ob sich die gegenseitigen Erwartungen erfüllen, und gestützt darauf zu entscheiden, ob sie sich langfristig binden wollen (E. 7.1.1). Dem hafte zwar etwas "Willkürliches" an, dies sei aber angesichts der Abschlussfreiheit und der Freiheit, über die Bindung zu entscheiden, zulässig.

### **Missbräuchlichkeit der Kündigung bestätigt**

Das Bundesgericht entschied, dass die Entlassung des Arztes nicht vom Zweck der Probezeit erfasst sei, weil der Arbeitgeberin nach Treu und Glauben schon bei der Anstellung hätte klar sein müssen, dass das Pensum nicht sofort erhöht werden konnte und sie den Arzt dennoch anstellte. Sie gründe somit nicht auf Erkenntnissen, die erst aufgrund der Arbeit während der Probezeit gewonnen wurden. Zudem sei die Kündigung als Reaktion darauf erfolgt, dass der Arbeitnehmer die vorläufige Einhaltung der vertraglich vereinbarten reduzierten Arbeitszeit geltend gemacht habe. Aus diesen Gründen habe das Kantonsgericht die Kündigung zu Recht als missbräuchlich taxiert (E. 7.1.2).

### **Entschädigung innerhalb des richterlichen Ermessens**

Die Arbeitgeberin beanstandete auch die Höhe der ihr auferlegten Strafentschädigung und hielt eventualiter dafür, der Betrag von 5'000 Franken wäre hinreichend gewesen. Das Bundesgericht kam

zum Schluss (E. 8.4), dass die Entschädigung zwar "eher hoch angesetzt", aber nicht offensichtlich unbillig oder in stossender Weise ungerecht sei. Dabei betonte es vorweg (E. 8.3), dass Ermessensentscheide im Rahmen einer Beschwerde in Zivilsachen zwar grundsätzlich frei überprüft werden können, dass diese Überprüfung aber nur zurückhaltend erfolge und nur ausnahmsweise eingeschritten werde, wofür im vorliegenden Fall kein Anlass bestand. Entsprechend war die Beschwerde abzuweisen.

### **Bedeutung des Entscheids und Folgerungen für die Praxis**

Die Bedeutung dieses zur Publikation bestimmten Entscheides liegt darin, dass er die grundsätzliche Anwendung der Bestimmungen über den sachlichen Kündigungsschutz bereits in der Probezeit bestätigt. Dies wurde zwar bisher schon in der Literatur mehrheitlich vertreten, aber nun erstmals auch höchstrichterlich geklärt. Nicht gefolgt ist das Bundesgericht damit der Argumentation von Dieter Troxler (Der sachliche Kündigungsschutz nach Schweizer Arbeitsvertragsrecht, Diss. Basel 1992, S. 36 ff.; vgl. auch dessen Aufsatz "Sachlicher Kündigungsschutz während der Probezeit", sowie, am Schluss leicht abweichend, ArbR 1992 47, wo eine Anwendung von Art. 336OR in der Probezeit mittels 5 Thesen ausdrücklich verneint wird).

Allerdings hat das Bundesgericht den Anwendungsbereich des Schutzes vor missbräuchlicher Kündigung in der Probezeit stark relativiert, indem es den Einwand zulässt, eine Kündigung sei aus dem durch die Probezeit verfolgten Zweck geboten und deshalb nicht missbräuchlich. Ob dieser Einwand sticht, wird in künftigen Fällen sehr stark von den Umständen der Kündigung abhängen und vor allem davon, wie diese allenfalls begründet wird. Jedenfalls im vorliegenden Fall entsteht der Eindruck, die schriftliche Begründung der Kündigung der Arbeitgeberin habe wesentlich zur Annahme einer Missbräuchlichkeit und damit zur Verurteilung zu einer Pönale beigetragen. Dies bekräftigt den Rat an Arbeitgebende, die Begründung einer Kündigung wohl zu überlegen und entsprechend zu formulieren und jedenfalls nichts Falsches zu schreiben. Dazu gehört selbstverständlich auch, dass nicht Gründe vorgeschoben werden, die nicht existieren, wie z.B. eine Umstrukturierung - eine Begründung, die man in der Praxis häufig liest, die sich aber oft nicht nachweisen lässt.