

**Referenz:** ARVonline 2008 N. 468  
**Publikationsdatum:** 28.08.2008  
**Rechtsgebiet:** Arbeitsrecht

## **Bundesgericht, Urteil vom 29. April 2008, 4A\_47/2008, BGE 134 III 354 - Mit Kommentar von RA lic. iur. Georges Chanson**

Kontroverse bei Sperrfristberechnung geklärt. Massgebende Kündigungsfrist wird entgegen BGE 131 III 467 nicht vom Zugang an bestimmt, sondern vom ursprünglichen Endtermin zurückgerechnet.

RA lic. iur. Georges Chanson, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

*Der nachfolgende Kommentar wurde am 06.06.2008 in der ARV online aufgeschaltet und anlässlich der BGE-Publikation des Entscheids nochmals publiziert:*

### **Kommentar zu BGer 4A\_47/2008, BGE 134 III 354**

#### **Kündigungsfrist bei Anwendung von Art. 336c OR durch Rückrechnung bestimmt**

##### **Ausgangslage**

Mit dem amtlich publizierten Entscheid [BGE 131 III 467 \(4C.423/2004](#), in Fünfer-Besetzung gefälltes Urteil vom 14. April 2005, dort Erwägung 2, im Internet erstmals am 6. Juli 2005 publiziert) hatte die I. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts erkannt, dass die Kündigungsfrist "mit der Zustellung der Kündigung bzw. am darauf folgenden Tag zu laufen beginnt und am entsprechenden Tag des der Dauer der Frist entsprechenden Monats endet". Dies gelte auch im Bereich des zeitlichen Kündigungsschutzes. Zur Frage, wie die Kündigungsfrist zu bestimmen sei, habe das Bundesgericht "soweit ersichtlich" noch nie Stellung genommen (E. 2.1). Dieser Entscheid wurde in der Lehre mehrfach kritisiert und Gabriel Aubert (*Calcul du délai de congé: revirement de jurisprudence?* ARV 2005, S. 173 ff.) wies nach, dass die Frage nach der Bestimmung der Kündigungsfrist sehr wohl und mehrfach höchstrichterlich entschieden worden ist, erstmals mit [BGE 115 V 437](#). Es ergab sich dann überdies, dass die gleiche Abteilung des Bundesgerichts unter dem gleichen Vorsitzenden mit Urteil vom 1. September 2005 ([4C.230/2005](#)) eine Sperrfrist nach der bisherigen Methode berechnet und die massgebende Kündigungsfrist durch Rückrechnung vom ursprünglichen Endtermin aus bestimmt hatte. Dies führte natürlich zu einer Unsicherheit in der Praxis darüber, welche Berechnungsmethode gelten soll, die das Bundesgericht nun mit dem zur Publikation bestimmten Entscheid 4A\_47/2008 zugunsten der bisherigen Methode (Rückrechnung ab vorgesehenem Endtermin) geklärt hat.

##### **Alles oder nichts, je nach Berechnungsmethode**

Im Verfahren, das zu diesem Entscheid führte, hatte sich die Arbeitgeberin auf die Methode berufen, nach der die Kündigungsfrist ab Zugang der Kündigung läuft. Sie kündigte einer Verkäuferin am 2. August 2006 und unter Einhaltung der dreimonatigen Frist auf Ende Dezember 2006. Die Mitarbeiterin gebar genau ein Jahr nach der Kündigung eine Tochter und es ergab sich, dass die Schwangerschaft am 10. November 2006, d.h. mehr als drei Monate nach Zugang der Kündigung, eingetreten war. Nach der Methode von BGE 131 III 467 hätte also kein zeitlicher Kündigungsschutz gegriffen. Bei der Rückrechnungsmethode stand dagegen die Kündigungsfrist ab Beginn der Schwangerschaft bis Ende Dezember 2006 für 52 Tage still und konnte erst 16 Wochen nach der Geburt, d.h. am 13. Januar 2008 ablaufen. Vor erster - und einziger kantonaler - Instanz, dem Arbeitsgericht St. Gallen, war allerdings nur der Lohn bis Mai 2007 streitig, wobei der Streitwert unter 8'000 Franken lag. Das St. Galler Arbeitsgericht erkannte mit Urteil vom 27. September 2007, dass nach der Rückrechnungsmethode vorzugehen und nicht anzunehmen sei, dass das Bundesgericht mit BGE 131 III 467 eine Praxisänderung gewollt habe.

##### **Eintretensentscheid des Bundesgerichts**

Die Arbeitgeberin focht dieses Urteil mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht an. Dieses stellte fest, dass aufgrund des Streitwerts eine Berufung ans Kantonsgericht ausgeschlossen sei und dass als kantonales Rechtsmittel demnach nur eine Willkürbeschwerde nach Art. 254 lit. c [ZPO SG](#) offen gestanden wäre. Da die Arbeitgeberin aber nicht Willkür, sondern eine unrichtige Rechtsanwendung rügte, qualifizierte das Bundesgericht den arbeitsgesetzlichen Entscheid als letztinstanzlich, was erste Eintretensvoraussetzung war. Weil die den Kantonen gesetzte Übergangsfrist

zur Schaffung von zwei kantonalen Instanzen mit grundsätzlicher gleicher Kognition wie das Bundesgericht (vgl. dazu [Art. 130 Abs. 2](#) i.v.m. [Art. 75 Abs. 2](#) und [Art. 111 Abs. 3 BGG](#)) noch nicht abgelaufen ist, war ein direkter Weiterzug vom Arbeitsgericht ans Bundesgericht möglich.

Mangels eines 15'000 Franken erreichenden Streitwerts war weitere Voraussetzung zum Eintreten, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellte ([Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG](#)), was die Arbeitnehmerin nicht bestritt und was das Bundesgericht bejahte. Die Begründung dafür (vgl. E. 1.5) ist bemerkenswert: "Das Bundesgericht ging im Urteil 4C.230/2005 E. 1 nicht auf den abweichenden BGE 131 III 467 ein, weshalb nicht geklärt ist, ob mit diesem Entscheid eine Praxisänderung gewollt war. Damit besteht insoweit eine Rechtsunsicherheit, deren Beseitigung im allgemeinen Interesse liegt."

### **Keine Praxisänderung**

Nachdem die Beschwerde materiell zu behandeln war, zog das Bundesgericht in der Erwägung 2.2 seines Entscheids 4A\_47/2008 Bilanz über seine bisherige Rechtsprechung zur Bestimmung der Kündigungsfrist im Rahmen von Sperrfristberechnungen und kam mit Bezug auf BGE 131 III 467 zum Schluss: "Mit diesem Entscheid wurde jedoch keine Änderung der bisherigen Rechtsprechung beabsichtigt, da nicht darauf Bezug genommen und die Abweichung nicht begründet wurde." Dies sei dadurch bestätigt, dass das Bundesgericht im Entscheid vom September 2005 (4C.230/2005) wieder gemäss früherer Praxis entschied. Demnach sei "klarzustellen, dass diese Rechtsprechung nach wie vor massgebend ist."

Weiter legte das Bundesgericht die Argumente der Arbeitgeberin dar (E. 3.1), welche die in BGE 131 III 467 vertretene Lösung für richtig hielt, und fasste diese Vorbringen als Antrag auf eine Änderung der Rechtsprechung auf, auf den es jedoch mangels hinreichender Gründe nicht eintrat (E. 3.3). So half der Arbeitgeberin die Berufung auf [BGE 124 III 474](#) nichts, wo abgelehnt wurde, die Kündigungsfrist durch eine Verhinderung in der Fristverlängerung gemäss Art. 336c Abs. 3 OR weiter zu hemmen. Es sei aber auch die bundesgerichtliche Annahme nicht widerlegt, "dass der Arbeitnehmer in der Regel speziell gegen Ende des Arbeitsverhältnisses darauf angewiesen ist, während der vollen Kündigungsfrist eine neue Stelle suchen zu können". Schliesslich stimme auch die neuere Lehre (vgl. als Beispiel Portmann/Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2007, S. 202 Rz. 718) der bisherigen Rechtsprechung zu.

Da einzig die Frage der Bestimmung der Kündigungsfrist strittig war, musste die Beschwerde unter diesen Umständen unter Belastung der Arbeitgeberin mit den Kosten und einer Entschädigung abgewiesen werden.

### **Hoher Wert des Entscheids 4A\_47/2008 für die Praxis**

Wenn in der Begründung des Entscheids 4A\_47/2008 auch die Umstände offen bleiben, wie es mit BGE 131 III 467 zu diesem "Ausrutscher" kam (so der Untertitel der Urteilsbesprechung in der NZZ vom 31. Mai 2008), ist die nach fast drei Jahren erfolgte Klärung einer durch das Bundesgericht selber geschaffenen Unsicherheit sehr zu begrüssen. Nachdem das höchste Gericht nun seine bisherige Praxis der Rückrechnung der Kündigungsfrist ab vorgesehenem Endtermin ausdrücklich bestätigt und eine Praxisänderung zugunsten der auf dem Zugang basierenden Berechnung ebenso klar abgelehnt hat, dürfte die Kontroverse definitiv geklärt sein. Zwar hatten einzelne Gerichte - wie ein Einzelrichter des Zürcher Arbeitsgerichts in einem vom Obergericht geschützten Entscheid (vgl. SJZ 2006 550, wo auch von einem "einmaligen Ausrutscher" die Rede ist) - weiterhin nach bisheriger Manier gerechnet. Andererseits gab es aber auch Entscheide, die sich zur Berechnung auf BGE 131 III 467 beriefen und sich dabei in erster Linie auf das formelle Element der amtlichen Publikation dieses in Fünfer-Besetzung gefällten Entscheids abstützten: Es waren dies beispielsweise ein inzwischen rechtskräftiger Einzelrichterentscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26. Februar 2008 ([ALV 68603/93/2007](#)) und ein dem Bearbeiter vorliegendes unpubliziertes Urteil des Bezirksgerichts Frauenfeld vom 21. September 2007 (vgl. E. 3 im [Auszug](#)). Diese beiden Entscheide haben heute ausser für die Beteiligten nur noch historischen Wert. Mit der nun behobenen Unsicherheit entfällt auch die in letzter Zeit häufig getroffene Vorsichtsmassnahme der Praktiker, Sperrfristen nach beiden Varianten zu berechnen und so die Unterschiede aufzuzeigen. Dabei ergab sich regelmässig, dass die "neue" Berechnungsmethode (d.h. basierend auf dem Zugang) für Arbeitgebende günstiger war.

Ob der Entscheid viel zur Auslegung von Art. 74 Abs. 2 lit a BGG (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) beiträgt, ist fraglich, war doch die grundsätzliche Bedeutung offensichtlich und wäre es doch ausgesprochen stossend gewesen, wenn das Bundesgericht die Gelegenheit zur nötigen Klärung nicht ergriffen hätte.

### **Bedeutung von BGE 131 III 467**

In BGE 131 III 467 war zu entscheiden, ob die gesetzliche Kündigungsfrist für eine Kündigung anwendbar sei, die nach der Probezeit, aber vor dem Datum ausgesprochen worden war, ab dem eine längere vertragliche Kündigungsfrist galt. Dies wurde durch Abstellen auf die Verhältnisse beim Zugang in einer überzeugenden ersten Erwägung bejaht und mag erklären, weshalb die zweite Erwägung von den am Entscheid beteiligten Richtern nicht oder jedenfalls nicht genügend beachtet worden war und weshalb es überhaupt zu dieser Kontroverse kam. Aus Sicht des Autors war die in BGE 131 III 467 auch für die Sperrfrist vertretene Meinung (E. 2) nicht per se falsch, weil für die Frage der Nichtigkeit einer Kündigung nach Art. 336c Abs. 2 OR ja auch auf den Zugang abgestellt wird. Jedenfalls könnte man darüber in guten Treuen verschiedener Auffassung sein. Stossend an dieser zweiten Erwägung war aber, dass sie sich mit keinem Wort mit der bisherigen Rechtsprechung und Lehre auseinandersetzte, mit der in der Praxis gelebten Berechnungsweise in klarem Widerspruch stand und dennoch amtlich publiziert worden ist. Nun ist aber mit dem Entscheid 4A\_47/2008 "die Kirche wieder im Dorf" und man kann diesbezüglich zum "courant normal" zurückkehren.