

Urteil

Frist für die Einsprache gegen eine missbräuchliche Kündigung

Wer eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung geltend machen will, muss vor Ablauf der Kündigungsfrist Einsprache erheben. Das gilt auch, wenn die Kündigungsfrist auf drei Tage verkürzt wurde.

Sachverhalt

Die X. GmbH (Beschwerdeführerin) betrieb einen Nachtclub, in dem sowohl Bardamen wie auch so genannte «Tänzerinnen» als Prostituierte beschäftigt wurden. X. stellte A. (Beschwerdegegnerin) als Bardame (nicht als Prostituierte) ein. Die Parteien unterzeichneten zwei Arbeitsverträge. Der eine datiert vom 7. Juli 2004 und sieht als Arbeitsbeginn den 1. August 2004 vor. Der andere ist undatiert und hält als Vertragsbeginn den 9. Juli 2004 fest. Abgesehen vom Arbeitsbeginn stimmen die Verträge inhaltlich überein und sehen eine Probezeit von drei Monaten und eine Kündigungsfrist von drei Tagen vor. Im Juli 2004 nahm A. ihre Arbeit im Nachtclub auf. Die X. 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 A. am 12. August 2004 auch mündlich eröffnet. Mit Schreiben vom 18. August 2004 erhob A. Einsprache und machte geltend, die Kündigung sei erfolgt, weil sie sich geweigert habe, sich im Betrieb der X. zu prostituieren, und nicht bereit gewesen sei, mit dem Geschäftsführer den Geschlechtsverkehr zu vollziehen. Damit sei die Kündigung missbräuchlich. Zwischen den Parteien ist unter anderem streitig, ob die Einsprache rechtzeitig erfolgte.

Aus den Erwägungen

2. Eine Kündigung kann grundsätzlich auch während der Probezeit missbräuchlich sein. Die Missbrauchsbestimmungen gelangen mit Blick auf den Zweck der Probezeit gegenüber einem Arbeitsverhältnis mit ordentlicher Kündigungsfrist nur einschränkend zur Anwendung. 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. 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. 336a OR ins Gesetz eingefügt 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.



2.2 Nach einhelliger Lehre ist die form- und fristgerechte Einsprache gegen die missbräuchliche Kündigung 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.

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. Ein Teil der Lehre lässt die Postaufgabe am letzten Tag der Kündigungsfrist genügen.

3. Die für die Probezeit gesetzlich vorgesehene Kündigungsfrist von sieben Tagen kann – entgegen der Ansicht von A. – durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag anders bestimmt (Art. 335b Abs. 1 und 2 OR) oder ganz wegbedungen werden. Bei der so genannten «entfristeten» Kündigung endet das Arbeitsverhältnis mit dem Zugang der Kündigung. Die Parteien vereinbarten eine verkürzte Kündigungsfrist von drei Tagen.



Illustration: Christine Ruf

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.

3.2 X. 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. Von einer unechten oder rechtspolitischen Lücke ist demgegenüber die Rede, wenn dem Gesetz zwar eine Antwort, aber keine befriedigende zu entnehmen ist. 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 stellt einen Rechtsmissbrauch dar.

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 siebentägigen Einsprachefrist bei gegenüber dem dispositiven Gesetzesrecht verkürzten Kündigungsfristen würde auch Fälle erfassen, in denen es dem Arbeitnehmenden 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 nicht gerechtfertigt. Darf vom Arbeitnehmenden 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 Arbeitnehmenden nicht möglich oder nicht zumutbar ist, fristgerecht Einsprache zu erheben. Die Parteien vereinbarten eine Kündigungsfrist von drei Ta-

gen. Zu prüfen bleibt daher, ob es der Beschwerdegegnerin anhand der gesamten Umstände möglich und zumutbar war, rechtzeitig Einsprache zu erheben.

4.1 Die Kündigung wurde A. am 12. August 2004 mündlich eröffnet. Das Arbeitsverhältnis endete mithin nach Ablauf der dreitägigen Kündigungsfrist am 15. August 2004. Da die Kündigung formfrei gültig ist, wenn vertraglich nicht etwas anderes vereinbart wurde, kommt es nicht darauf an, wann sie die schriftliche Kündigung entgegengenommen hat. A. hat die Einsprache unbestrittenmassen am 18. August 2004 der Post übergeben. Somit erfolgte die Einsprache nicht rechtzeitig.

4.2 A. wendet allerdings ein, einer der Geschäftsführer habe ihr am 16. August 2004 versprochen, sich für die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses einzusetzen. Erst am 17. August 2004 sei klar gewesen, dass die Gespräche erfolglos blieben und das Arbeitsverhältnis nicht weitergeführt werde. Unter diesen Umständen sei die Einsprache raschmöglichst, am 18. August 2004, erfolgt. Das Bundesgericht hat in der Tat ein rechtsmissbräuchliches Verhalten bejaht, als ein Arbeitgeber den Arbeitnehmenden dazu veranlasste, von einer schriftlichen Einsprache gegen eine missbräuchliche Kündigung abzusehen, und sich im Prozess auf die Verwirkung berief. Hier gehen jedoch die Umstände aus dem angefochtenen Entscheid nicht hervor.

4.4 Das Obergericht hat Bundesrecht verletzt, indem es die Frist für die Einsprache auf die in Art. 335b Abs. 1 OR vorgesehene siebentägige Frist verlängerte. Die Einsprache von A. ist daher nicht rechtzeitig erfolgt.

*Urteil des schweizerischen Bundesgerichts,
I. zivilrechtliche Abteilung,
16. November 2009 (4A_347/2009)*