

3295

Arbeitsvertrag. Annahme eines unecht befristeten Arbeitsverhältnisses. Missbräuchlichkeit der Kündigung verneint (Art. 334, 336 OR).

Am 20. Oktober 1995 unterzeichneten die Parteien einen schriftlichen Arbeitsvertrag. Darin verpflichtete sich die Klägerin, ab dem 1. Januar 1996 zu einem monatlichen Bruttolohn von Fr. 2'900.– als Mitarbeiterin im Betrieb und im Büro des Beklagten tätig zu sein. In Ziffer 3 vereinbarten die Parteien folgendes:

'Das Anstellungsverhältnis gilt auf 3 Jahre und kann nur durch gegenseitig zu beobachtende zweimonatige Kündigungsfrist auf Monatsende aufgelöst werden.'

Aus den Erwägungen:

1. Zwischen den Parteien ist insbesondere umstritten, ob das Arbeitsverhältnis zwischen ihnen vor Ablauf der im Arbeitsvertrag festgesetzten Frist von drei Jahren gekündigt werden kann oder nicht.

Die Klägerin stellt sich unter Hinweis auf *Staeelin* (Zürcher Kommentar, N. 24 zu Art. 334 OR) auf den Standpunkt, es liege ein 'unechtes befristetes' Arbeitsverhältnis vor. Der Beklagte demgegenüber ist der Ansicht (sinngemäss), es handle sich um ein Arbeitsverhältnis mit 'ausdrücklicher Höchstdauer' (nach der Diktion von *Staeelin*, a.a.O., N. 25 zu Art. 334 OR) bzw. einen 'nicht echt befristeten' Vertrag (nach *Streiff/von Kaenel*, a.a.O., N. 2 zu Art. 334 OR).

Ein unechtes befristetes Arbeitsverhältnis ist dann gegeben, wenn der Vertrag zwar auf bestimmte Zeit abgeschlossen worden ist, auf den vorgesehenen Zeitpunkt aber nur endet, wenn eine Seite die Kündigung ausspricht (*Streiff/von Kaenel*, a.a.O., N. 5 zu Art. 334 OR und *Rehbinder*, Berner Kommentar, N. 2 zu Art. 334 OR). Bei einem nicht echt befristeten Vertrag wird eine Maximaldauer festgelegt, die dem Arbeitsverhältnis automatisch ein Ende setzt, wenn nicht früher gekündigt wird (*Streiff/von Kaenel*, a.a.O., N. 2 zu Art. 334 OR, *Staeelin*, a.a.O., N. 25 zu Art. 334 OR, und *Rehbinder*, a.a.O., N. 3 zu Art. 334 OR). Vereinbarungen solchen Inhalts setzen sich zusammen aus der Bestimmung der Maximaldauer und der Einräumung der Kündigungsmöglichkeit (vgl. etwa die Beispiele bei *Staeelin*, a.a.O., N. 25 zu Art. 334 OR und *Brühwiler*, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage, N. 2 zu Art. 334 OR).

Genau diese Struktur weist die hier zu diskutierende Bestimmung im Arbeitsvertrag der Parteien auf. Im ersten Teil wird die Maximaldauer auf drei Jahre festgesetzt, d.h. der Arbeitsvertrag sollte am 31. Dezember 1998 enden ('Das Anstellungsverhältnis gilt auf 3 Jahre ...'). Im zweiten Teil wird beiden Parteien das Recht eingeräumt, unter Beachtung einer Frist von zwei Monaten die Kündigung auszusprechen ('...und kann nur durch eine gegenseitig zu beobachtende zweimonatige Kündigungsfrist auf Monatsende aufgelöst werden'). Im Unterschied zum unechten befristeten Arbeitsverhältnis ist die Kündigung nicht nur auf ein bestimmtes, sondern auf irgendein Monatsende möglich. Im Beispiel *Staehelein* (a.a.O., N. 24 zu Art. 334 OR) für das unechte befristete Arbeitsverhältnis etwa kommt dies im folgenden Wortlaut zum Ausdruck: '... kann auf den 31. Dezember gekündigt werden. Im Beispiel *Staehelein* für das Arbeitsverhältnis mit ausdrücklicher Höchstdauer dagegen lautet die Bestimmung (a.a.O., N. 25 zu Art. 334 OR): 'Das Arbeitsverhältnis kann auf Monatsende ... gekündigt werden'. 'Auf Monatsende' bezeichnet also bei *Staehelein* irgendein Monatsende. Dies entspricht auch dem normalen Sachverständnis. Hätten die Parteien den 31.12.1998 gemeint, hätten sie eine andere Formulierung gewählt als 'auf Monatsende'.

Es ergibt sich somit, dass in casu ein nicht echt befristeter Vertrag (Diktion *Streiff*) vorliegt. Es steht dem Beklagten deshalb zu, das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin bereits vor dem Jahr 1998 zu kündigen.

Der Beklagte hat am 31. Oktober 1996 die Kündigung auf Ende Dezember 1996 ausgesprochen. Nach der ausdrücklichen Angabe der Klägerin an Schranken ist ihr die Kündigung am gleichen Tag zugegangen. Die Kündigung erfolgte somit fristgerecht.

2. a) Zu fragen ist, ob die Kündigung nicht zur Unzeit erfolgt ist. Denn nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR ist eine Kündigung nichtig, wenn sie in der Zeit ausgesprochen wird, in der der Arbeitnehmer durch Krankheit oder Unfall an der Arbeitsleistung verhindert ist. Nach der gleichen Bestimmung ist dieser Kündigungsschutz im ersten Dienstjahr indessen beschränkt auf 30 Tage. In casu begann die Sperrfrist am 2. August 1996 zu laufen und endete Anfang September 1996. Die fragliche Kündigung liegt demnach nicht in der Sperrfrist. Nach BGE 107 II 169 sodann ist eine nach Ablauf der Sperrfrist trotz weiterhin bestehender Krankheit erfolgte Kündigung nicht grundsätzlich missbräuchlich. Es liegen keine Anzeichen vor, und es wurde von

der Klägerin auch nicht geltend gemacht, dass die Kündigung nur erfolgte, um der Lohnfortzahlungspflicht zu entgehen.

b) Die Klägerin hat schliesslich unter Hinweis auf die Ausführungen des Beklagten in der Klageantwort Missbräuchlichkeit der Kündigung geltend gemacht mit der Begründung, es seien fremdenfeindliche Äusserungen gefallen, die eine Persönlichkeitsverletzung darstellten.

Zwischen den in Art. 336 OR aufgelisteten Missbrauchstatbeständen und einer Kündigung muss ein Kausalzusammenhang bestehen (*Streiff/von Kaenel*, a.a.O., N. 16 zu Art. 336 OR). Das würde im vorliegenden Fall heissen, die Persönlichkeitsverletzung (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR) müsste entscheidende Ursache für die Kündigung gewesen sein. Dies ist jedoch nicht nachgewiesen. Zwar trifft zu, dass die Ausführungen des Beklagten in der Klageantwort unter dem Titel 'Allgemeine Zusammenfassung des Sachverhaltes' gewisse fremdenfeindliche Tendenzen erkennen lassen. Es geht dabei aber nicht um pauschale Vorurteile, sondern um Verhaltensweisen der Klägerin, die dem Beklagten missfallen und die ihm für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache als wichtig erscheinen. Es ist denn auch nicht selten, dass in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, von welcher Seite auch immer, grundsätzliche Ausführungen über das Verhalten und die Redlichkeit der Gegenpartei gemacht werden. Dies ist zu akzeptieren. Jedenfalls kann allein aus der erwähnten fremdenfeindlichen Tendenz, die erstmals und einzig in der Klageantwort an den Tag getreten ist, noch nicht geschlossen werden, für die Kündigung habe sie das Hauptmotiv gebildet. Dafür liegen keinerlei Anhaltspunkte vor. Es ist im Gegenteil nachvollziehbar, dass der Beklagte die Kündigung ausgesprochen hat, musste er doch die während der langen Krankheit der Klägerin verwaiste Stelle wieder neu besetzen und wollte dabei das Risiko einer allfälligen Doppelentschädigung für die neue und die bisherige Arbeitskraft vermeiden. Dies wird u.a. belegt durch den Umstand, dass das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin per Ende 1996 endete und die neue Angestellte Anfang 1997 die Arbeit beim Beklagten aufgenommen hat. Von einer missbräuchlichen Kündigung im Sinne von Art. 336 OR kann demnach zusammenfassend keine Rede sein.

Damit endete das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien per Ende Dezember 1996.

KGP 20.3.1997