

Obergericht Appenzell Ausserrhoden

1. Abteilung

Entscheid vom 23. Mai 2016

Mitwirkende	Obergerichtspräsident E. Zingg Oberrichterin S. Rohner Oberrichter B. Oberholzer, H.p. Blaser, H. Zingg a.o. Obergerichtsschreiberin Tanja Steger Hodel
Verfahren Nr.	O1Z 15 9
Sitzungsort	Trogen
Berufungskläger und Kläger	A ____ vertreten durch: RA AA____
Berufungsbeklagte und Beklagte	B ____ GmbH vertreten durch: RA B____
Gegenstand	Forderung aus Arbeitsvertrag

Rechtsbegehren des Klägers und Berufungsklägers

a) vor erster Instanz:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger netto CHF 34'030.35 zuzüglich 5% Zins seit 30. Oktober 2013 zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, auf den Nettobetrag von CHF 34'030.35 die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge an die zuständigen Sozialversicherungseinrichtungen zu entrichten.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

b) vor zweiter Instanz:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger netto CHF 34'030.35 zuzüglich 5% Zins seit 30. Oktober 2013 zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, auf den Nettobetrag von CHF 34'030.35 die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge an die zuständigen Sozialversicherungseinrichtungen zu entrichten.
3. Die Ziffern 2 und 3 des angefochtenen Urteils seien aufzuheben.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten für das gesamte erst- und zweitinstanzliche Verfahren.

Rechtsbegehren der Beklagten und der Berufungsbeklagten

a) vor erster Instanz:

1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers.

b) vor zweiter Instanz:

1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
Eventualiter sei das Urteil aufzuheben und es sei die Sache an die Vorinstanz zur Durchführung eines Beweisverfahrens bezüglich der Beträge zurückzuweisen, die der Berufungskläger wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung gespart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder absichtlich zu erwerben unterlassen hat.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsklägers.

Sachverhalt

A. Übersicht

Die Parteien unterzeichneten am 19. Dezember 2012 einen unbefristeten Arbeitsvertrag mit Arbeitsbeginn 1. Mai 2013 (act. B 4/4/1). Die Probezeit wurde auf drei Monate und die Kündigungsfrist auf vier Monate festgelegt. Mit E-Mail vom 5. Juli 2013 (act. B 4/4/2 S. 2) zog der Kläger und Berufungskläger (= Arbeitnehmer: nachfolgend Berufungskläger) ein

Resümee betreffend die Teamsitzung vom 4. Juli 2013. Unter Bezugnahme auf das vorgenannte Schreiben bat er die Berufungsbeklagte am 23. Juli 2013 (act. B 4/4/2 S. 1 f.) um Verlängerung der Probezeit um mindestens vier Wochen. Diese Bitte erfolgte ausdrücklich im Hinblick auf das anstehende Probezeitgespräch. Gleichzeitig machte der Berufungskläger verschiedene Terminvorschläge für das Gespräch und bat um die Bestätigung der Probezeitverlängerung. Am 7. August 2013 trafen sich die Parteien zu einer Besprechung, bei welcher abschliessend die Verlängerung der Probezeit um die Dauer der vom Berufungskläger bereits bezogenen Ferien (eine Kalenderwoche) bis 9. August 2013 vereinbart wurde (act. B 4/1 S. 3 und B 4/4/6). Am 9. August 2013 kündigte der Berufungskläger den Arbeitsvertrag mit dem Vermerk, dass die Kündigung innerhalb der Probezeit erfolge (act. B 4/4/3). Am 13. August 2013 wurde er von der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Berufungsbeklagte) frei gestellt (act. B 4/4/5 und act. B 4/4/6). Mit Schreiben vom 15. August 2013 teilte der Berufungskläger der Berufungsbeklagten mit, dass seine Kündigung nach Ablauf der Probezeit erfolgt sei, weshalb er – entsprechend der viermonatigen Kündigungsfrist – eine Lohnfortzahlung bis Ende Dezember 2013 erwarte (act. B 4/4/4). Weiter bot er dieser am 21. August 2013 (act. B 4/4/5) seine Arbeitsleistung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist Ende Dezember 2013 an. Die Berufungsbeklagte verzichtete am 22. August 2013 (act. B 4/4/6) ausdrücklich auf sein Arbeitsangebot und bestätigte dessen Freistellung per 13. August 2013. Weiter hielt sie fest, dass das Arbeitsverhältnis am 16. August 2013 beendet gewesen sei, weshalb auch nur bis dahin eine Lohnfortzahlungspflicht bestehe. Am 21. März 2014 reichte der Berufungskläger das Vermittlungsbegehren beim Vermittleramt Kreis 2 ein. Der Schlichtungsversuch vom 16. April 2014 blieb erfolglos (act. B 4/3).

B. Prozessgeschichte vor Kantonsgericht

Am 9. Mai 2014 reichte der Berufungskläger fristgerecht Klage beim Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden ein (Verfahren Nr. K3Z 14 14, act. B 4/1); die Klageantwort datiert vom 20. Juni 2014 (act. B 4/7). Mit Schreiben vom 17. Juli 2014 (act. B 4/11) lud der Vorsitzende des Kantonsgerichts die Parteien für den 10. September 2014 zu einer Einigungsverhandlung ein, wobei keine Einigung zustande kam (act. B 4/12). Nach erfolgter Replik (act. B 4/14) und Duplik (act. B 4/22) verzichteten die Parteien auf eine mündliche Hauptverhandlung (act. B 4/25, B 4/26, B 4/27). Mit Urteil vom 13. April 2015 (act. B 3) wies das Kantonsgericht die Klage ab. In der Folge verlangte der Berufungskläger fristgerecht die Begründung des Urteils (act. B 4/29). Dessen Versand an die Parteien erfolgte am 13. August 2015 (act. B 4/33).

C. Prozessgeschichte vor Obergericht

Am 10. September 2015 reichte der Berufungskläger beim Obergericht des Kantons Appenzell Ausserrhoden Berufung ein (act. B 1). Mit Verfügung vom 18. September 2015 (act. B 5) forderte das Obergericht den Berufungskläger auf, einen Kostenvorschuss von CHF 5'000.00 zu leisten, welcher am 5. Oktober 2015 bei der Gerichtskasse einging (act. B 6). Die Berufungsbeklagte reichte am 2. November 2015 fristgerecht ihre Berufungsantwort ein (act. B 8), worauf das Obergericht mit Verfügung vom 5. November 2015 (act. B 9) den Parteien mitteilte, dass der Fall auf Grund der Akten entschieden werde. In der Folge gingen die Kostennoten der beiden Rechtsvertreter ein (act. B 12 und act. B 14).

Auf die Ausführungen der Parteien wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen

1. Formelles

- 1.1. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO beträgt die Berufungsfrist gegen einen begründeten Entscheid 30 Tage.

Der erstinstanzliche Entscheid Nr. K3Z 14 14 (act. B 3) wurde dem Berufungskläger am 14. August 2015 zugestellt (act. B 4/34). Mit der am 10. September 2015 der Post übergebenen Berufung (act. B 1) wurde die Berufungsfrist eingehalten.

- 1.2. Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert mindestens CHF 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Gemäss Art. 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO werden die Zinsen nicht zum Streitwert hinzugerechnet. Für die Streitwertberechnung einer arbeitsrechtlichen Lohnforderung ist gemäss herrschender Lehre der Bruttolohn massgebend¹.

Der Berufungskläger macht eine Lohnforderung in Höhe von CHF 34'030.35 (netto) zuzüglich 5% Zins seit 30. Oktober 2013 und zusätzlich, die darauf entfallenden Sozialversicherungsbeiträge (Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge) geltend (act. B 1 S. 2). Darauf basierend beträgt die Brutto-Lohnforderung CHF 38'860.20.

Die Vorinstanz legte den Streitwert in Höhe von CHF 38'860.20 entsprechend den vorgenannten Bestimmungen somit korrekt fest.

¹ Anstelle vieler: VIKTOR RÜEGG, in: Basler Kommentar, Schweizerische ZPO, 2. Aufl. 2013, N. 4 zu Art. 91 ZPO.

- 1.3. Die funktionelle Zuständigkeit des Obergerichts ergibt sich aus Art. 24 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 25 Justizgesetz (bGS 145.31). Die örtliche und sachliche Zuständigkeit der Vorinstanz und des Obergerichtes sind ohne weiteres gegeben und nicht umstritten.
- 1.4. Der vom Obergericht angeforderte Kostenvorschuss in Höhe von CHF 5'000.00 ging am 5. Oktober 2015 fristgerecht ein (act. B 6).
- 1.5. Mit Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung oder die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).
Der Berufungskläger liess ausdrücklich die unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz rügen (act. B 1 S. 3 f.), weshalb auf die Berufung einzutreten ist.
- 1.6. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO sind Noven nur dann zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Innerhalb des Berufungsverfahrens ist eine Klageänderung gemäss Abs. 2 nur noch zulässig, wenn sie die Voraussetzungen nach Art. 227 Abs. 1 ZPO (gleiche Verfahrensart und sachlicher Zusammenhang mit dem bisherigen Anspruch oder Zustimmung der Gegenpartei) erfüllt und gleichzeitig auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruht. Weiter soll sie in diesem Verfahrensstadium nur als Ausnahme und deshalb restriktiv zugelassen werden².
Mit Eventualantrag macht die Berufungsbeklagte im vorliegenden Rechtsmittelverfahren geltend, dass der vorinstanzliche Entscheid zur Durchführung eines Beweisverfahrens zurückzuweisen sei. Es solle dadurch festgestellt werden, was der Berufungskläger wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung gespart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder absichtlich zu erwerben unterlassen habe (act. B 8 S. 2). Diesbezüglich ist anzumerken, dass es der Berufungsbeklagten zumutbar war, dieses Rechtsbegehren im vorinstanzlichen Verfahren selbst zu stellen. So hat sie in ihrer Klageantwort vom 20. Juni 2014 (act. B 4/7 S. 7 ff.) bereits entsprechende Ausführungen dazu gemacht, ohne jedoch ein konkretes Rechtsbegehren zu stellen. Beim Eventualantrag der Berufungsbeklagten handelt es sich somit um eine Klageänderung, welche die vorgenannten Voraussetzungen gemäss Art. 317 Abs. 2 lit. b ZPO nicht erfüllt. Es ist deshalb nicht darauf einzutreten.

² KARL SPÜHLER, in: Basler Kommentar, Schweizerische ZPO, 2. Aufl. 2013, N. 15 zu Art. 317 ZPO; Peter REETZ/SARAH HILBER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 74 zu Art. 317 ZPO.

2. Materielles

2.1. Verlängerung der Probezeit

2.1.1. Das **Kantonsgericht** hat in seinem Entscheid ausgeführt, dass die hier getroffene Parteivereinbarung – die dreimonatige Probezeit, um die vom Berufungskläger während dieser Zeit bezogenen Ferien zu verlängern – nichtig und deshalb auf die gesetzlich zulässige Höchstdauer von drei Monaten herabzusetzen sei (act. B 3 S. 9). Ferner sei festzustellen, dass die vorliegende Verlängerung der Probezeit um eine Woche – mangels Schriftlichkeit – ohnehin ungültig sei.

2.1.2. Der **Berufungskläger** machte geltend, dass er die Berufungsbeklagte am 23. Juli 2013 schriftlich darum gebeten habe, die Probezeit um mindestens vier Wochen zu verlängern (act. B 4/4/2). Anlässlich des Gespräches vom 7. August 2013 habe er dieser jedoch mitgeteilt, dass eine Verlängerung der Probezeit über die maximale Dauer von drei Monaten hinaus unzulässig sei (act. B 4/1 S. 3). Trotzdem habe die Berufungsbeklagte resolut darauf bestanden, dass die Probezeit um die Dauer der während der Probezeit bezogenen Ferien und damit bis 9. August 2013 verlängert werde.

2.1.3. Die **Berufungsbeklagte** hielt dem entgegen, dass der Berufungskläger nichts von der Unzulässigkeit einer Verlängerung der Probezeit um ein bis zwei Monate gewusst haben soll; sie selbst habe ihn bereits früher darauf hingewiesen, was die Aktennotiz vom 24. Juli 2013 belege (act. B 4/7 S. 4 und act. B 4/8/2). Weiter führte sie aus, dass die Probezeit den Vertragsparteien dazu diene, sich kennenzulernen (act. B 4/7 S. 3). Die Berufungsbeklagte stellt sich dementsprechend auf den Standpunkt, dass während der Probezeit bezogene Ferien eine Probezeitverlängerung im Umfang der effektiv bezogenen Ferien rechtfertigen würden, weshalb eine diesbezügliche Parteiabmachung keinesfalls nichtig sei.

2.1.4. Gemäss Art. 335b Abs. 1 OR kann ein Arbeitsverhältnis während der Probezeit jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen gekündigt werden. Die vertraglich vereinbarte Probezeit darf dabei das gesetzliche Höchstmass von drei Monaten grundsätzlich nicht überschreiten (Abs. 2). Das Gesetz regelt die Ausnahmen abschliessend (Abs. 3); weitere Gründe für die Verlängerung der Probezeit – insbesondere Urlaub – sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht möglich³. Eine Parteiabrede, welche über das gesetzliche Höchstmass hinaus geht, ist deshalb nichtig.

³ BGE 136 III 562 E. 3.

Die vorliegende mündliche Parteivereinbarung – die vertraglich vereinbarte Probezeit von drei Monaten um die bezogenen Ferien des Berufungsklägers zu verlängern – verstösst gegen das gesetzliche Höchstmass. Der Entscheid der Vorinstanz, die Abrede für (teil-)nichtig zu erklären und die Probezeit auf das erlaubte Höchstmass herabzusetzen, ist zu bestätigen. Im Weiteren kann auf die zutreffenden Ausführungen im vorinstanzlichen Entscheid Nr. K3Z 14 14 (act. B 3 S. 8 f.) verwiesen werden.

2.2. Auflösung des Arbeitsverhältnisses

2.2.1. Die **Vorinstanz** geht davon aus, dass beide Parteien das Arbeitsverhältnis auflösen wollten und diese somit einen zulässigen und gültigen Aufhebungsvertrag abgeschlossen haben (act. B 3 S. 12). So sei es der Berufungskläger gewesen, welcher die Probezeit habe verlängern wollen. Und obwohl ihm am 7. August 2013 bekannt gegeben wurde, dass eine Verlängerung der Probezeit über drei Monate hinaus nicht zulässig sei, habe er am 9. August 2013 (neun Tage nachdem die reguläre Probezeit abgelaufen war) mit dem Wortlaut „innerhalb der Probezeit“ gekündigt. Der Berufungskläger könne sich somit nicht darauf berufen, versehentlich auf einen falschen Zeitpunkt bzw. zu kurzen Termin gekündigt zu haben. Aufgrund der gesamten Umstände und des Verhaltens des Berufungsklägers habe die Berufungsbeklagte dies nach Treu und Glauben so verstehen dürfen, dass der Berufungskläger das Arbeitsverhältnis innerhalb der während der Probezeit geltenden Kündigungsfrist von sieben Tagen aufgelöst haben wollte. Dies insbesondere, da er in der E-Mail vom 23. Juli 2013 die Berufungsbeklagte bat, die Probezeit bis nach dem Probezeitgespräch vom 7. August 2013 zu verlängern. Weiter sei aus der E-Mail des Berufungsklägers vom 23. Juli 2013 an die Berufungsbeklagte ersichtlich, dass er mit der bestehenden Situation auf seiner Arbeitsstelle unzufrieden war und deshalb eine zeitnahe Klärung der Firmenstrategie forderte (act. B 3 S. 11 f.). Diese gesamten Umstände liessen einzig den Schluss zu, dass sich der Berufungskläger die Möglichkeit, der innerhalb der Probezeit geltenden kürzeren Kündigungsfrist von sieben Tagen zu kündigen, offenhalten wollte, sollte das Gespräch nicht nach seiner Zufriedenheit verlaufen. Letzteres habe er in seiner Klageschrift auch als Grund für seine Kündigung dargelegt. Die Initiative, das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der in der Anstellungsvereinbarung festgelegten dreimonatigen Probezeit dennoch innert kurzer, siebentägiger Kündigungsfrist auflösen zu können, sei demnach klar von Seiten des Berufungsklägers ausgegangen. Damit habe er aus freien Stücken auf eine längere Lohnfortzahlung verzichtet (act. B 3 S. 12). Die Berufungsbeklagte, welche den Berufungskläger ab dem 13. August 2013 freigestellt habe und den Standpunkt einnahme, dass das Arbeitsverhältnis am 16. August 2013 geendete habe, habe damit ihr Einverständnis zur Vertragsaufhebung innerhalb von sieben Tagen deutlich zum Ausdruck gebracht (act. B 3 S. 11). Indem sie ihn freistellte, habe sie auf

dessen Arbeitsleistung verzichtet. Der Berufungskläger habe sich – auf Grund der unbefriedigenden Arbeitssituation – die kurze Kündigungsfrist von sieben Tagen bis nach dem Gespräch vorbehalten wollen und diese für ihn unbefriedigende Situation auch als Kündigungsgrund angegeben. Die Berufungsbeklagte habe in der Folge auf dessen Arbeitseinsatz verzichtet. Deshalb sei der gegenseitige übereinstimmende Wille, das Arbeitsverhältnis innert sieben Tagen ab dem 9. August 2013 vorzeitig beenden zu wollen, erstellt und der Aufhebungsvertrag gültig zustande gekommen.

Ergänzend hält die Vorinstanz betreffend den vom Berufungskläger geltend gemachten Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR fest, dass ein Willensmangel ausgeschlossen werden könne (act. B 3 S. 12). Der Berufungskläger habe behauptet, dass er in Kenntnis der Rechtslage das behauptete Angebot zur Vertragsauflösung nie gemacht hätte. Sein Rechtsirrtum sei subjektiv unerlässliche Voraussetzung für die Erklärung gewesen. Diesen Ausführungen könne jedoch nicht gefolgt werden, da es der Berufungskläger war, der sich das Recht habe vorbehalten wollen, das Arbeitsverhältnis binnen sieben Tagen kündigen zu können. So sei ihm bereits vor dem Aufsetzen seines Kündigungsschreibens bekannt gewesen, dass die Probezeit nicht über drei Monate hinaus verlängert werden könne. Der vorliegend geltend gemachte Irrtum beziehe sich deshalb – wie in BGE 118 II 58 dargelegt – ausschliesslich auf die finanziellen Nachwirkungen einer Kündigung und es gehe daher um einen Irrtum über die Nebenwirkungen des Rechtsgeschäftes. Ein solcher Irrtum sei jedoch als einfacher Motivirrtum zu qualifizieren, weshalb sich die vorliegende Vertragsauflösung als zulässig und gültig erweise. Demzufolge habe das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien am 16. August 2013 geendet und da bis zu diesem Zeitpunkt keine Lohnansprüche des Berufungsklägers mehr offen gewesen seien, sei die Klage abzuweisen.

- 2.2.2. Der **Berufungskläger** macht geltend, dass seine Kündigung vom 9. August 2013 innerhalb der Probezeit erfolgt und er sich der Nichtigkeit der verlängerten Probezeit nicht bewusst gewesen sei (act. B 4/14 S. 3). Insofern sei seine Kündigung einfach auf den falschen Termin erfolgt, wobei es bei einer solchen unzulässig sei, diese in einen Antrag zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages umzudeuten, den die Gegenpartei durch ausbleibende Reaktion, bzw. Stillschweigen angenommen habe. Selbst wenn seine Kündigung eine Offerte gewesen wäre, läge kein Akzept der Berufungsbeklagten vor, da deren Freistellung des Berufungsklägers am 13. August 2013 nicht als Annahme gedeutet werden könne (act. B 4/14 S. 5 f.). Die Freistellung bedeute einzig, dass ein Arbeitgeber auf die Arbeitsleistung eines Arbeitnehmers verzichte. Zusammenfassend habe zwischen den Parteien kein übereinstimmender Wille zur Aufhebung des Arbeitsvertrages – innert sieben Tagen – bestanden (act. B 1 S. 3).

2.2.3. Die **Berufungsbeklagte** hält dem entgegen, dass der Berufungskläger sowohl die Verlängerung der Probezeit – dies trotz Kenntnis der Gesetzeswidrigkeit – als auch die Kündigung innerhalb der Probezeit gewollt habe, was der Vermerk: „... kündige ich meinen Arbeitsvertrag ... innerhalb meiner Probezeit.“... beweise (act. B 8 S. 3 und act. B 4/4/3). Deshalb habe sie am 13. August 2013 auch dessen Freistellung verfügt. Die Berufungsbeklagte habe das Kündigungsschreiben des Berufungsklägers als eine Offerte zur Vertragsaufhebung innerhalb von sieben Tagen verstanden und diese per 16. August 2013 ausdrücklich akzeptiert (act. B 8 S. 3 f.). Hätte dieser das Arbeitsverhältnis nicht innerhalb von sieben Tagen kündigen wollen, so hätte er kaum vermerkt, dass die Kündigung in der Probezeit erfolge.

2.2.4. Das **Obergericht** schliesst sich den Erwägungen der Vorinstanz im Ergebnis vollumfänglich an. Folgende ergänzende Bemerkungen sind anzufügen:

Ob die Parteien – wie die Vorinstanz angenommen hat – tatsächlich einen Aufhebungsvertrag im klassischen Sinne (Art. 1 Abs. 1 OR) abgeschlossen haben, ist fraglich. So muss bei der Beendung eines Arbeitsverhältnisses, soweit dabei auf Ansprüche aus zwingendem Recht verzichtet wird, vorausgesetzt sein, dass der Aufhebungsvertrag einen echten Vergleich darstellt, bei welchem beide Parteien Konzessionen machen⁴. Weiter wird in der Lehre insbesondere die Meinung vertreten, dass aus dem blossen Akzeptieren der Kündigung oder gar aus dem Stillschweigen zur Kündigung nicht auf einen Aufhebungsvertrag geschlossen werden könne⁵.

Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, braucht diese Problematik jedoch nicht weiter erörtert zu werden, da das Obergericht die Meinung vertritt, dass vorliegend sowohl der Berufungskläger als auch die Berufungsbeklagte übereinstimmend den Willen geäussert haben, das Arbeitsverhältnis zeitnah, d.h. ohne Einhalten der vertraglichen Kündigungsfrist von vier Monaten, beenden zu wollen und sich dabei auch tatsächlich richtig verstanden haben.

2.2.5. Um zu prüfen, ob ein Vertrag zustande gekommen ist, muss das Gericht in erster Linie auf den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien und nicht auf die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise abstellen (Art. 18 Abs. 1 OR). Nur wenn kein solcher

⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_103/2010 vom 16. März 2010 E. 2.2.

⁵ WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 6. Aufl. 2015, N. 28 zu Art. 335 OR, mit Verweisen; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, N. 10 zu Art. 335 OR.

festgestellt werden kann, hat das Gericht zu klären, welchen Sinn die Parteien ihren gegenseitigen Äusserungen nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr zumessen durften und mussten⁶. Dabei sind nicht nur die Erklärungen der Parteien massgebend, sondern ebenso die Umstände, unter denen sie abgegeben worden sind⁷. Haben sich die Parteien übereinstimmend geäussert, aber abweichend verstanden, liegt ein versteckter Dissens vor, welcher zum Vertragsschluss führt, wenn eine der Parteien nach dem Vertrauensgrundsatz in ihrem Verständnis der gegnerischen Willensäusserung zu schützen und damit die andere auf ihrer Äusserung in deren objektivem Sinn zu behaften ist⁸. In diesem Fall liegt ein normativer Konsens vor.

2.2.6. Der Berufungskläger hat in seiner E-Mail vom 23. Juli 2013 (act. B 4/4/2) der Berufungsbeklagten mitgeteilt, dass für ihn die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses von verschiedenen Punkten abhängt. Ausdrücklich sprach er dabei die unterschiedlichen Vorstellungen betreffend Geschäftsstrategie an. So sei ihm vermittelt worden, dass man nicht hinsehen solle und dies ginge für ihn nicht. Gerade diese letzte Bemerkung unterstreicht den Willen des Berufungsklägers, nicht durch einen ordentlichen Vertrag an das Arbeitsverhältnis gebunden zu sein, sollten die unterschiedlichen Auffassungen nicht beigelegt werden können. Deshalb sollte aus seiner Sicht und auf seinen Wunsch hin die Probezeit bis zur Klärung der unterschiedlichen Vorstellungen verlängert werden. Die Initiative zur Verlängerung der Probezeit – und somit zur vorläufigen Nichtüberführung des Arbeitsverhältnisses in ein ordentliches Vertragsverhältnis – ging somit klar vom Berufungskläger aus. Anlässlich des Gespräches mit der Berufungsbeklagten vom 7. August 2013 hat der Berufungskläger selbst angebracht, dass eine Verlängerung der Probezeit von Gesetzes wegen nicht möglich sei (act. B 4/1 S. 3). Trotz dieser Kenntnis und weil er – nachdem das Gespräch offenbar nicht zu seiner Zufriedenheit ausfiel – keine Zukunft bei der Berufungsbeklagten sah, kündigte er am 9. August 2013 das Arbeitsverhältnis per 16. August 2013 und erklärte dabei ausdrücklich, dass das Arbeitsverhältnis seinerseits in der Probezeit gekündigt werde (act. B 4/4/3). Wie der Berufungskläger richtig darstellte (vgl. dazu auch Ziff. 2.1.), ist die durch die Parteien am 7. August 2013 vereinbarte Verlängerung der Probezeit nichtig. Dass der Berufungskläger jedoch nur zwei Tage nach diesem Gespräch – trotz besseren Wissens – seine Kündigung ausdrücklich „innerhalb der Probezeit“ ausspricht, durfte die Berufungsbeklagte als Angebot auf eine zeitnahe Auflösung des Arbeitsverhältnisses verstehen. Letztere nahm dieses Angebot – durch dessen Freistellung für die verbleibende Kündigungszeit – ausdrücklich an, was sie am 22. August 2013 schriftlich bestätigte (act. B 4/4/6).

⁶ Urteil des Bundesgerichts 4C.305/1999 vom 19. Januar 2001 E. 3.

⁷ BGE 126 III 119 E. 2a.

⁸ BGE 123 III 35 E. 2b.

Unter Würdigung der Verhaltensweise der Parteien und der gesamten Umstände geht das Gericht davon aus, dass sich der Berufungskläger die Verlängerung der Probezeit vorbehalten wollte, damit er – sollte das Gespräch vom 7. August 2013 nicht zu seiner Zufriedenheit ausfallen – kurzfristig kündigen konnte. Die Berufungsbeklagte ihrerseits verstand dieses Verhalten und die darauf folgende Kündigung als Offerte zur vorzeitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses, welche sie akzeptierte, indem sie ihn freistellte und am 22. August 2013 ausdrücklich an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 16. August 2013 festhielt.

Nur der Form halber sei erwähnt, dass, selbst wenn der Berufungskläger, wie er in seiner Berufungsschrift geltend machen lässt, auf den falschen Zeitpunkt, bzw. mit zu kurzer Frist gekündigt haben sollte, diesbezüglich ein versteckter Dissens zwischen den Parteien vorliegen würde. Auch in diesem Fall wäre vorliegend von einer einvernehmlichen Vertragsauflösung (im Sinne eines normativen Konsenses) auszugehen. Dies, weil die Berufungsbeklagte – auf Grund des Verhaltens des Berufungsklägers – das Kündigungsschreiben als Offerte zur vorzeitigen Vertragsauflösung verstanden hat und verstehen durfte, und sie gemäss dem Vertrauensgrundsatz in ihrem Verständnis der gegnerischen Willensäußerung zu schützen ist⁹.

2.3. Fazit

Gestützt auf die rechtlichen Ausführungen (vgl. Ziff. 2.2.5.) und die nachfolgende Sachverhaltswürdigung kommt das Gericht deshalb zum Schluss, dass beide Parteien übereinstimmend den Willen geäußert haben, das Arbeitsverhältnis zeitnah, d.h. ohne Einhalten der vertraglichen Kündigungsfrist von vier Monaten beenden zu wollen und dass sie sich dabei auch tatsächlich richtig verstanden haben. Die Feststellung der Vorinstanz, dass das Arbeitsverhältnis in beidseitigem Einvernehmen per 16. August 2013 aufgelöst worden ist, ist deshalb nicht zu beanstanden. Die Berufung ist deshalb abzuweisen.

⁹ BGE 123 III 35 E. 2b.

3. Kosten

3.1. Vorinstanzliche Kosten

Die Regelung der Kosten durch das Kantonsgericht im Entscheid vom 13. April 2015 (act. B 3 S. 15) wird bestätigt, da die Klage vom Obergericht abgewiesen und der erstinstanzliche Entscheid vollumfänglich gestützt wird.

3.2. Gerichtskosten im Berufungsverfahren

3.2.1. Die Prozesskosten beinhalten sowohl die Gerichtskosten als auch die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO) und werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten werden mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

3.2.2. Gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. b der Verordnung über die Rechtskosten und Entschädigungen in der Zivil- und Strafrechtspflege (Gebührenordnung, bGS 233.3) erhebt das Obergericht für ein Urteil eine Gebühr bis CHF 5'000.00. Mit Blick auf den Streitwert (CHF 38'860.20) und die zu beurteilenden Rechtsfragen erachtet das Obergericht eine Entscheidgebühr von CHF 3'000.00 als angemessen. Ausgangsgemäss hat der Berufungskläger die vollen Gerichtskosten zu tragen. Diese werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

3.3. Parteientschädigungen im Berufungsverfahren

3.3.1. Die Parteientschädigung richtet sich nach denselben, bereits oben erwähnten Grundsätzen (Art. 95 Abs. 1 i.V.m. Art. 106 und 107 ZPO). Die kostenpflichtige Partei hat der anderen Partei die zugesprochene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

Gemäss Art. 20 lit. a Verordnung über den Anwaltstarif (AT, bGS 145.53) beträgt das Honorar für das schriftliche Rechtsmittelverfahren zwischen 20% bis 50% des erstinstanzlichen Honorars, sofern letzteres nach Streitwert oder pauschal bemessen wurde.

3.3.2. RA BB___ macht eine Entschädigung von CHF 3'552.45 (inkl. Sekretariat, Verwaltung, Barauslagen und Mehrwertsteuer) geltend (act. B 14).

Die Vorinstanz hat das Honorar des Rechtvertreters der Berufungsbeklagten in Anwendung von Art. 9 Abs. 2 lit. c AT und entsprechend dem Streitwert von CHF 38'860.20 auf CHF 6'629.80 festgelegt (act. B 3 S. 14). Entsprechend den Richtlinien ergibt sich für das Anwaltshonorar im vorliegenden Rechtsmittelverfahren eine mögliche Bandbreite von CHF 1'326.00 bis CHF 3'314.90.

Einerseits enthält der Anwaltstarif keine Grundlage dafür, dass die Kosten für das Sekretariat und für die Verwaltung zusätzlich abgerechnet werden können. Andererseits entspricht die vorgelegte Kostennote 53.6% des erstinstanzlich zugesprochenen Honorars, womit sich diese an der oberen Grenze befindet, bzw. eigentlich zu hoch ausfällt. Das Obergericht erachtet demgegenüber – auf Grund der klaren und einfach einzugrenzenden Rechtsfrage und des geringen Umfangs der Akten – ein Honorar in Höhe von 40% als angemessen. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist dem Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten – auf Grund deren eigener Mehrwertsteuerpflicht – keine Entschädigung für die Mehrwertsteuer zu gewähren (act. B 3 S. 14). Schlussendlich hat der Berufungskläger der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 2'731.50 – CHF 2'651.90 (40% von CHF 6'629.80) und CHF 79.60 (3% Barauslagen pauschal) – zu bezahlen.

Demgemäss erkennt das Obergericht:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Regelung der Prozesskosten (Gerichtskosten und Parteientschädigung) wird bestätigt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von CHF 3'000.00, werden dem Berufungskläger auferlegt, unter Verrechnung mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss von CHF 5'000.00. Der Mehrbetrag von CHF 2'000.00 ist dem Berufungskläger durch die Gerichtskasse zurück zu erstatten.
4. Der Berufungskläger hat die Berufungsbeklagte für die Kosten ihrer Rechtvertretung im Berufungsverfahren mit CHF 2'731.50 (inkl. Barauslagen) zu entschädigen.
5. **Rechtsmittel:**
Gegen dieses Urteil steht innert einer Frist von 30 Tagen seit Zustellung die Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht offen (Art. 72-77 BGG, SR 173.110). Die Beschwerde in Zivilsachen ist bei der Bundesgerichtskanzlei, Avenue du Tribunal-Fédéral 29, Postfach, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG).
6. Zustellung am 15. Dezember 2016 an:
 - RA AA____, eingeschrieben
 - RA BB____, eingeschrieben
 - Kantonsgericht, Trogen, intern (Verfahren Nr. K3Z 14 14)

Der Obergerichtspräsident:

Die a.o. Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Ernst Zingg

lic. iur. Tanja Steger Hodel