

Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Zürich 1984, N 44 zu Art. 324 a OR; Brunner/Bühler/Waerber, Kommentar zum Arbeitsvertrag, Bern 1990, N 13 zu Art. 324 a OR; Brand/Dürr/Gutknecht/Platzer/Schnyder/ Stampfli/ Wanner, Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht, Muri 1991, N 24 zu Art. 324 a OR; Brühwiler, a.a.O., S. 98; Streiff/ von Känel, a.a.O., N 8 zu Art. 324 a/b OR; anderer Meinung JAR 1981 S. 260; Rehbin- der, a.a.O., N 29 zu Art. 324 a OR). Die Auslegung der Vorinstanz, die sich zwar auf die Zürcher Skala, aber die alte abstützt und die das arithmetische Mittel heranzieht, wenn sich die unverschuldete Arbeitsunfähigkeit über zwei Dienstjahre erstreckt, widerspricht Sinn und Wortlaut von Art. 324 a Abs. 2 OR sowie der dazu entwickelten Praxis und ist damit zu korrigieren. Folglich hat der Berufungskläger aus dem 4. Dienstjahr bis 31. Juli 1991 Anspruch auf den Lohn von 19 Tagen und ab 1. August 1992 aus dem 5. Dienstjahr von 11 Wochen 7 Tagen, was 77 Tage und zusammen 96 Tage ergibt. Für diese Zeit, welche bis 16. Oktober 1992 dauert, sind 80% des bisherigen Lohnes zu errechnen. Beide Parteien beziffern einen Taglohn übereinstimmend mit Fr. 121.65, was für 96 Tage Fr. 11 678.40 und, redu- ziert auf 80%, Fr. 9342.70 ergibt. Für die restlichen 22 Tage der Dienstzeit hat die Berufungsbeklagte dem Berufungskläger die entgegengenommenen EO-Taggelder von Fr. 27.- auszuführen, was Fr. 594.- ergibt. Aufgrund der gesetzlichen Regelung hätte die Berufungsbeklagte dem Berufungskläger damit die Summe von Fr. 9936.70 leisten müssen.

c) Gemäss der schriftlichen Vereinbarung der Parteien vom 12. Juli 1992 hätte der Berufungskläger während der gesamten Dienstleistung 50% des Lohnes erhalten müssen, was bei Fr. 3700.- pro Monat beziehungsweise Fr. 121.65 pro Tag, Fr. 7177.35 ergibt.

Wird die Gesamtheit der Leistungen verglichen, so ist ersichtlich, dass die getroffene Vereinbarung der gesetzlichen Regelung nicht minde- stens gleichwertig und damit aufgrund von Art. 362 OR unbeachtlich ist. Sie widerspricht Art. 324 a und b OR. Die Frage, ob sie durch den damals minderjährigen Berufungskläger unterzeichnet werden konnte, muss damit nicht beantwortet werden.

ZF 54/94

Urteil vom 27. September 1994

- 10** -Arbeitsvertrag (Art. 319ff. OR). Zivilrechtspflege. Kündi- gungsschutz während der Probezeit.
- Untersuchungsmaxime (Art. 343 Abs. 4 OR). Die Unter- suchungsmaxime gilt nur für das erstinstanzliche Ver- fahren; im Berufungsverfahren gilt das Novenverbot

des Art. 226 Abs. 1 ZPO (Erw. 2).
- Der sachliche Kündigungsschutz des Art. 336 OR gilt -

anders als der zeitliche Kündigungsschutz- auch während der Probezeit. Ebenso besteht auch während der Probezeit ein Anspruch auf schriftliche Begründung der Kündigung gemäss Art. 335 Abs. 2 OR (Erw. 3).

Erwägungen:

2. An der mündlichen Hauptverhandlung vor Kantonsgericht gab der Rechtsvertreter der Beklagten ausser einer aktualisierten Kostennote und einem Auszug aus einer wissenschaftlichen Arbeit, die ohne weiteres entgegengenommen werden können, auch bislang nie angebotene Urkunden zu den Akten, die Angaben darüber enthalten, aus welchen Gründen die Klägerin entlassen worden sei, schriftliche Mitteilungen der Arbeitgeberin nämlich gegenüber dem Amt für Wirtschaft und Tourismus des Kantons Graubünden. Dem steht nun aber Art. 226 Abs. 1 ZPO entgegen, der es den Parteien verbietet, noch im Berufungsverfahren neue Urkunden einzulegen, es sei denn, sie bezögen sich auf Fragen, welche vom Gericht ohnehin von Amtes wegen abzuklären sind, wie etwa die örtliche Zuständigkeit, die Parteifähigkeit oder die Vertretungsbefugnisse. Hier geht es jedoch um Urkunden, die für die Ermittlung des massgeblichen Sachverhaltes und die Beurteilung materiellrechtlicher Streitfragen von Bedeutung sein können. Sie unterliegen damit dem Novenverbot und müssen deshalb im Berufungsverfahren unbeachtlich bleiben (vgl. PKG 1979 Nr. 16 S. 42, 1978 Nr. 20

S. 69 zum Beschwerdeverfahren vor Kantonsgerichtsausschuss, in welchem gemäss Art. 233 Abs. 2 ZPO neue Beweismittel ebenfalls ausgeschlossen sind). Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass es sich hier um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit handelt, in welcher die richterliche Tätigkeit von der Untersuchungsmaxime beeinflusst wird. Dies gilt jedoch nur für das erstinstanzliche Verfahren, nicht aber bei einem allfälligen Weiterzug an eine höhere Instanz. Weder das Bundesrecht (vgl. BGE 107 II 237 Erw. 3) noch die bündnerische Zivilprozessordnung sehen vor, dass im Berufungs- oder Beschwerdeverfahren bei Forderungsklagen aus Arbeitsvertrag das Novenverbot nicht gelte, was zur Folge hätte, dass neue, im erstinstanzlichen Verfahren nicht ordnungsgemäss angemeldete Beweismittel unbeschränkt zugelassen werden müssten. Der Kantonsgerichtsausschuss hat vielmehr in einem jüngsten Entscheid an seiner gegenteiligen Praxis, die mit jener des Kantonsgerichtes übereinstimmt, ausdrücklich festgehalten (Urteil vom 10. Mai 1994, mitgeteilt am 1. Juni 1994, in Sachen K. gegen H. & H. KG, ZB 12/94).

3. Es ist unbestritten, dass das Arbeitsverhältnis fristgerecht aufgelöst wurde, bestimmt doch Ziff. 12.2 des massgeblichen Arbeitsvertrages, der insoweit mit Art. 335b Abs. 1 OR übereinstimmt, dass während der Probezeit unter Einhaltung einer Frist von sieben Tagen jeweils auf Ende

einer Arbeitswoche gekündigt werden könne. Dem wurde mit der am 20. Oktober 1992 auf den 31. Oktober 1992 ausgesprochenen Kündigung Rechnung getragen. Streitthema ist hingegen, ob es sich hierbei um eine missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336 OR handelt, ob die Arbeitnehmerin also den in dieser Bestimmung ausgestalteten, sachlichen Kündigungsschutz beanspruchen kann. Sollte dies bejaht werden, müsste über die Höhe der Entschädigung befunden werden, welche die Arbeitgeberin gestützt auf Art. 336a OR bei missbräuchlicher Kündigung ihrer Arbeitnehmerin zu bezahlen hätte. Weiter ist Gegenstand des Berufungsverfahrens, ob L. heute noch einen Anspruch darauf besitzt, dass ihr die Gründe, die zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses geführt haben, schriftlich mitgeteilt werden, wobei näher zu untersuchen wäre, in welcher Form sich dies gerichtlich durchsetzen liesse.

Das Bezirksgericht ging bei alledem davon aus, dass die Vorschriften über den sachlichen Kündigungsschutz bei der ordentlichen Auflösung von Arbeitsverhältnissen bereits während der Probezeit zu beachten seien. Die Vorinstanz kann sich hierfür auf einen wesentlichen Teil der Lehre und der bislang publizierten Rechtsprechung stützen (vgl. Manfred Rehbinder, *Berner Kommentar*, Bern 1992, N 2 zu Art. 336 OR; Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, *Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht*, 5. Aufl., Zürich 1993, N 19 zu Art. 336 OR; Denis Humbert, *Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht*, Winterthur 1991, S. 64; JAR 1990 S. 240 [Tribunal des Prud'hommes de Genève], 1991 S. 252 [Arbeitsgericht Zürich]; a. M.: Schweizerischer Gewerbeverband [GewV.], *Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht*, Muri bei Bern 1991, N 1 zu Art. 335b OR; Dieter M. Troxler, *Der sachliche Kündigungsschutz nach Schweizer Arbeitsvertragsrecht*, Zürich 1993, S. 36 ff., der ihn immerhin wenigstens in beschränktem Masse zulassen will, S. 45). Ausgehend vom Grundsatz, dass Gesetzesbestimmungen aus sich selbst, das heisst nach ihrem Wortlaut, ihrem Sinn und Zweck, ihrem Bedeutungszusammenhang und den ihnen zugrunde liegenden Wertungen auszulegen sind, wobei die rechtsanwendenden Behörden an einen klaren und unzweideutigen Wortlaut gebunden sind, solange er den wirklichen Sinn der Norm wiedergibt (vgl. das Urteil der 1. Zivilabteilung des schweizerischen Bundesgerichtes vom 11. Mai 1994 in Sachen S. gegen S., mit Hinweisen auf BGE 118 II 309 und 116 II 526f.), gelangt das Kantonsgericht in diesem Punkt zum gleichen Ergebnis, wie es vom Bezirksgericht Oberlandquart im angefochtenen Urteil dargelegt wird. Für sich allein betrachtet lässt sich dem Einleitungssatz von Art. 336 OR zwar nicht zuverlässig entnehmen, ob sich die nachfolgenden Bestimmungen auch auf Kündigungen während

der Probezeit oder nur auf solche nach ihrem Ablauf beziehen.
Vergleicht man ihn indessen mit jenem von Art. 336c OR, der von der Kündigung zur Unzeit, vom zeitlichen Kündigungsschutz handelt und

ausdrücklich festhält, dass der Arbeitgeber diesen Schutz nur beanspruchen könne, wenn die Kündigung nach Beendigung der Probezeit ausgesprochen werde, muss aus dem Fehlen einer entsprechenden, einschränkenden Regelung in Art. 336 OR geschlossen werden, dass der sachliche im Gegensatz zum zeitlichen Kündigungsschutz auch während der Probezeit gilt (vgl. Rehbinder, a.a.O., N 7 zu Art. 335b OR). Dies macht durchaus Sinn. Die Probezeit soll ja bekanntlich dem Arbeitgeber ermöglichen, die fachlichen und charakterlichen Eigenschaften des Arbeitnehmers näher kennenzulernen, während er Gelegenheit erhalten soll, sich über seine Aufgaben, das Betriebsklima und dergleichen Gewissheit zu verschaffen (vgl. GewV, a.a.O., N 1 zu Art. 335b OR); entspricht das Resultat einer solchen Beurteilung nicht den Erwartungen, soll das Arbeitsverhältnis kurzfristig aufgelöst werden können. Dann aber wäre es geradezu zweckwidrig, wenn dies durch die eher langen Sperrfristen im Bereich des zeitlichen Kündigungsschutzes und die Nichtigkeit der sie missachtenden Kündigung verunmöglicht würde. Auf dem Gebiet des sachlichen Kündigungsschutzes drohen hingegen keine derartigen Nachteile; selbst missbräuchliche Kündigungen werden rechtswirksam, indem sie das Arbeitsverhältnis beenden (vgl. Rehbinder, a.a.O., N 1 zu Art. 336 OR), und es hat der Kündigende lediglich damit zu rechnen, dass er zu einer Strafzahlung angehalten wird (Art. 336a OR). Berücksichtigt man ausserdem, dass solche Kündigungen (wegen der Hautfarbe beispielsweise) nicht weniger verletzend wirken, wenn sie während der Probezeit ausgesprochen werden, entspricht es durchaus dem Sinn von Art. 336 OR, seine Schutzwirkung nicht erst mit dem Ablauf der Probezeit eintreten zu lassen.

Gleiches gilt für den in Art. 335 Abs. 2 OR verankerten Anspruch, auf entsprechendes Begehren für eine Kündigung eine schriftliche Begründung zu erhalten. Wer die Möglichkeiten des sachlichen Kündigungsschutzes ausnützen will, muss die Umstände kennen, die Anlass zur Kündigung gegeben haben (vgl. Humbert, a.a.O., S. 54; JAR 1990 S. 241). Angesichts dieser Verknüpfung und des oben Ausgeführten, wonach die Bestimmungen über die missbräuchliche Kündigung von Arbeitsverhältnissen bereits während der Probezeit zu beachten sind, wäre es sinnwidrig, wenn die Begründungspflicht erst nach deren Ende gelten würde (vgl. Rehbinder, a.a.O., N 7 zu Art. 335b OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 13 zu Art. 335 OR; JAR 1990 S. 240). Das Kantonsgericht kann sich also auch in diesem Punkt den Ausführungen der Vorinstanz anschliessen.

ZF 18/94

Urteil vom 2. Mai 1994