

- 11**    **Arbeitsvertrag; Kündigungsschutz (Art. 336ff. OR).**
- **Missbräuchlichkeit der Kündigung wegen beabsichtigter Heirat der Arbeitnehmerin und geäussertem Kinderwunsch (Art. 336 Abs. 1 lit. a bis c OR) (Erw. 2).**
  - **Bemessung der Entschädigung bei missbräuchlicher Kündigung (Art. 336a Abs. 1 und 2 OR) (Erw. 3).**

*Aus dem Sachverhalt:*

P. arbeitete als Apothekerhelferin bei C., welcher das Arbeitsverhältnis fristgerecht auf Ende 1993 mit folgender Begründung kündigte:

«Bedingt durch die etwas ungewisse künftige Arbeitsmöglichkeit für Sie, ist es für das Geschäft leider nicht tragbar, den Arbeitsvertrag aufrecht zu erhalten.» In einem der Kündigung beigelegten Brief erklärte C.: «Frau G. (Geschäftsführerin) hat mir mitgeteilt, dass Sie heiraten werden...

Weiter habe ich von Ihren Plänen betreffend Schwangerschaft und der ev. Möglichkeit zum Weiterarbeiten erfahren. Ich habe Frau G. überzeugen müssen, dass für das Geschäft diese eventuelle Möglichkeit des Weiterarbeitens zu unsicher und deshalb untragbar ist. Sie können sich sicher selber vorstellen, was passiert, wenn Sie z.B. mitten in der Saison wegen Unwohlseins ausfallen. Einen Ersatz zu finden ist dann vermutlich unmöglich. Auf der anderen Seite kann ich nicht eine zusätzliche Person anstellen, nur für den Fall, dass Sie ev. ausfallen könnten. Es bleibt mir leider nichts anderes übrig, als den Anstellungsvertrag aufzulösen, auch wenn Frau G. und ich dies nur ungern tun.» Das Bezirksgericht wies die Entschädigungsklage der P. ab. Auf Berufung hin hob das Kantonsgericht dieses Urteil auf und hiess die Klage gut aufgrund folgender

*Erwägungen:*

2. a) Die Klägerin vertritt die Ansicht, die vorliegende Kündigung erfülle die Missbrauchstatbestände von Art. 336 Abs. 1 lit. a, b und c OR. Zur Begründung führt sie aus, ihr sei als Frau, genauer gesagt als Ehefrau, die bereit sei ein Kind zu erwarten, gekündigt worden; sie habe mit ihrer Heirat von einem verfassungsmässigen Recht Gebrauch gemacht; und schliesslich habe sich C. von der Lohnzahlungspflicht für wahrscheinlicher gewordene Arbeitsausfälle drücken wollen.

Der Beklagte macht demgegenüber geltend, die Kündigung sei lediglich wegen des ungewissen Arbeitseinsatzes während der Wintersaison 1993/94 erfolgt; sie sei mit anderen Worten auf einen rein

geschäftspoliti- schen Hintergrund zurückzuführen und könne mithin nicht als missbräuch- lich qualifiziert werden.

Die Vorinstanz verneint das Vorliegen einer missbräuchlichen Kün- digung. Sie begründet dies betreffend Art. 336 Abs. 1 lit. a (Eigenschaften,

die einer Partei kraft ihrer Persönlichkeit zustehen) damit, dass die Schwangerschaft als mit dem Geschlecht zusammenhängende naturbedingte Funktion durch den zeitlichen Kündigungsschutz (Art. 336c OR) vollständig abgedeckt sei und dass die Kündigung nicht auf das Geschlecht der Klägerin zurückzuführen sei, zumal der Beklagte in seinem Betrieb ausschliesslich Frauen beschäftige. Bezüglich lit. b der erwähnten Bestimmung (Ausübung verfassungsmässiger Rechte) wird ausgeführt, die Kündigung sei auf die ungewisse künftige Arbeitsmöglichkeit zurückzuführen; wohl sei diese Unsicherheit mittelbar durch die Ehe hervorgerufen worden, diese bilde aber als solche nicht den Kündigungsgrund. Zu lit. c (Vereitelung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis) wird schliesslich erklärt, eine vorsorgliche Kündigung in Erwartung einer baldigen Schwangerschaft beziehungsweise wegen allfälliger «Schwangerschaftslohnansprüche» werde von der erwähnten Bestimmung nicht erfasst, zumal eine schwangere Frau durch den zeitlichen Kündigungsschutz ausreichend geschützt werde.

b) Wenn der Beklagte geltend macht, die Entlassung sei erfolgt wegen des ungewissen künftigen Arbeitseinsatzes der Klägerin, so erscheint dies aufgrund der gesamten, eingangs zitierten Aktenstellen zutreffend. Zur

Begründung dieser künftig bestehenden Unsicherheit führt er ausdrücklich zwei Gründe an: zum einen die Heirat; zum anderen den von der Klägerin gegenüber der Zeugin G. geäusserten Kinderwunsch.

Diese beiden Gründe sind nun aber offensichtlich nicht allein ausschlaggebend für die vom Beklagten befürchtete gesteigerte Möglichkeit eines Arbeitsausfalles. Denn stellt man sich in der gleichen Situation einen männlichen Apothekerhelfer vor, der dem Beklagten bekannt gegeben hätte, er gedenke zu heiraten und hege zusammen mit seiner Frau den Wunsch nach Kindern, so wäre er mit Bestimmtheit nicht entlassen worden. Entscheidend für die Entlassung waren demnach zwei Gründe, die jeweils auf einer Kombination von zwei Faktoren beruhen: zum einen das Geschlecht der Klägerin verbunden mit ihrer Heirat (was mit der gesteigerten Wahrscheinlichkeit einer Schwangerschaft einhergeht); zum anderen das Geschlecht der Klägerin verbunden mit dem von ihr ausgedrückten Wunsch nach Kindern.

Der Beklagte macht geltend, die Kündigung sei allein wegen des ungewissen Arbeitseinsatzes während der Wintersaison 1993/94 erfolgt, nicht aber wegen der Heirat, der Schwangerschaft oder gar des Geschlechts. Damit erklärt er implizit, dass als rechtlich relevantes

Motiv für die Kündigung nur deren unmittelbare Ursache - nämlich der ungewisse künftige Arbeitseinsatz -, nicht aber deren mittelbare Ursachen - nämlich das Geschlecht der Klägerin, verbunden zum einen mit ihrer Heirat und zum anderen mit dem Kinderwunsch beachtlich seien. Diese Ansicht geht nun aber offenkundig an der Sache vorbei, denn die Beantwortung der Frage, ob eine Kündigung den Missbrauchstatbestand erfüllt, ist unabhängig von der

Länge der Kausalkette; es spielt mit anderen Worten keine Rolle, ob die Kündigung unmittelbar oder nur mittelbar auf ein verpöntes Motiv zurück- zuführen ist.

Damit bleibt es beim bereits erwähnten Resultat: Die vom Beklag- ten ausgesprochene Kündigung ist motiviert durch eine Kombination von Geschlecht der Klägerin verbunden mit ihrer Heirat einerseits und von ihrem Geschlecht verbunden mit dem von ihr ausgedrückten Wunsch nach Kindern andererseits. Dem Beklagten ist dabei allerdings zuzugestehen, dass die Kündigung nicht erfolgte, weil er an sich eine negative Einstellung gegenüber Frauen, gegenüber dem Institut der Ehe oder gegenüber der Gründung einer Familie hätte, sondern weil er aufgrund der vorerwähnten Faktoren mit der gesteigerten Möglichkeit eines Arbeitsausfalles auf Seiten der Klägerin rechnete. Nicht nachgewiesen hat die Klägerin die von ihr aufgestellte Behauptung, der Beklagte habe sich von der Lohnzahlungs- pflicht während solcher Arbeitsausfälle drücken wollen.

c) Vorab gilt es festzuhalten, dass die Aufzählung der Missbrauchs- tatbestände in Art. 336 OR nach nahezu einhelliger Lehrmeinung zu Recht als nicht abschliessend qualifiziert wird und dass weitere Missbrauchstatbe- stände von Art. 2 Abs. 2 ZGB erfasst werden. Letzterenfalls richtet sich die Rechtsfolge - wie bei einem Missbrauch nach Art. 336 OR - nach Art. 336a und b OR (Rehbinder, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/2, Bern 1992, Art. 336 N 10; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Aufl., Zürich 1993, Art. 336 N 3 mit zahlreichen Hinweisen).

Vorliegend besteht nun die Schwierigkeit darin, dass die zwei er- währnten Kündigungsgründe jeweils auf eine Kombination von zwei Fakto- ren zurückzuführen sind - Geschlecht und Ehe einerseits; Geschlecht und Kinderwunsch andererseits - und sich deshalb nicht direkt unter den einen oder anderen Tatbestand von Art. 336 OR subsumieren lassen. Grundsätz- lich stellen sich in einer solchen Situation zwei Fragen: (1) Ist der auf einer Kombination von verschiedenen Faktoren beruhende Kündigungsgrund - wobei diese Faktoren nur in ihrer Kombination, nicht aber für sich allein eine Kündigung motivieren können - als missbräuchlich zu qualifizieren?

(2) Was gilt, wenn mehrere Kündigungsgründe vorliegen?

aa) Eine Kündigung, welche auf der Kombination Ehe und Ge- schlecht basiert, ist nach Art. 366 Abs. 1 lit. a und b OR grundsätzlich missbräuchlich. Denn das Geschlecht ist eine typische Eigenschaft, die einer Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht (lit. a), und das Eingehen einer Ehe wird durch das verfassungsmässige Recht der Ehefreiheit geschützt (Art. 54 BV). Eine Kündigung infolge einer Eigenschaft, die

---

einer Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, ist indessen dann gerechtfertigt, wenn diese Eigenschaft im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht oder die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt (lit. a zweiter Teil); wegen

Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts darf gekündigt werden, falls dies eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis verletzt oder die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt (lit. b zweiter Teil). Dass in casu ein solcher die Kündigung rechtfertigende Umstand vorgelegen hätte, wird vom Beklagten weder behauptet, noch ist ein solcher aus den Akten ersichtlich. Zu betonen gilt es in diesem Zusammenhang auch, dass sich im Arbeitsvertrag keine spezielle Abmachung betreffend Verfügbarkeit der Klägerin findet. Aus dem Gesagten folgt demnach, dass die vorliegende Kündigung missbräuchlich ist, soweit sie in der Kombination von Geschlecht und Heirat der Klägerin begründet ist; denn sind sowohl eine Kündigung aufgrund des Geschlechts als auch eine solche aufgrund einer Heirat missbräuchlich, dann gilt dies auch für eine solche, welche auf die Kombination dieser beiden Faktoren zurückzuführen ist.

bb) Schwieriger zu beurteilen ist die Frage, ob eine durch die Kombination von Geschlecht und Kinderwunsch motivierte Kündigung missbräuchlich ist oder nicht. Unzutreffend ist in diesem Zusammenhang die Aussage der Vorinstanz, wonach die Schwangerschaft als mit dem Geschlecht zusammenhängende naturbedingte Funktion durch den zeitlichen Kündigungsschutz vollständig abgedeckt sei. Art. 336 c und d OR wollen nämlich einzig die Auflösung des Arbeitsverhältnisses während eines Zeitraums verhindern, in welchem die Suche nach Ersatz für die Gekündigte aus bestimmten Gründen unzumutbar ist (Rehbinder, a.a.O., Art. 336c N 1). Daraus lässt sich weder die Nicht-Missbräuchlichkeit noch die Missbräuchlichkeit einer entsprechenden Kündigung ausserhalb der Sperrfrist ableiten. In der Literatur nimmt einzig Troxler zur Kündigung infolge eines von der Arbeitnehmerin verkündeten Kinderwunsches Stellung. Nach dessen Meinung - die er allerdings nicht weiter begründet - erfüllt eine solche Kündigung den Missbrauchstatbestand von Art. 2 ZGB (Troxler D.M., Der sachliche Kündigungsschutz nach Schweizer Arbeitsvertragsrecht, Diss., Zürich 1993, 55 f.).

Entscheidend sind nach Ansicht des Kantonsgerichtes folgende

Überlegungen: Der von einer Arbeitnehmerin geäusserte Kinderwunsch wird vom Wortlaut von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR (Eigenschaften, die einer Partei kraft ihrer Persönlichkeit zustehen) nicht erfasst. Denn bei diesem Wunsch handelt es sich um einen der Gekündigten kraft ihrer Persönlichkeit zustehenden Entscheid, nicht aber um eine derartige Eigenschaft. In dessen ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber

---

durch das Wort «Eigen- schaft» den Anwendungsbereich von lit. a nicht dergestalt einschränken wollte, dass zwar Eigenschaften, nicht aber Entscheide, die der Gekündig- ten kraft ihrer Persönlichkeit zustehen, als missbräuchlich zu qualifizieren sind. Denn das zentrale Anliegen dieser Bestimmung ist der Persönlichkeits- schutz an sich. Eingeschränkt wird dieser Schutz nicht durch das Wort

«Eigenschaft», sondern durch die sich im zweiten Teil findenden Tatbestandsmerkmale (keine wesentliche Beeinträchtigung der Zusammenarbeit im Betrieb und kein Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis). Dass Art. 336 Abs. 1 lit. a OR in dem Sinne extensiv auszulegen ist, als er nach seiner ratio nicht nur die der Gekündigten kraft ihrer Persönlichkeit zustehenden Eigenschaften erfasst, ergibt sich auch aus dem verfassungsrechtlichen Gebot der materiellen Gleichbehandlung in der Rechtssetzung. Dieses würden nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung unter anderem dann verletzt, wenn der Gesetzgeber rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist (BGE 114 Ia 223f. Erw. 2b). Zwar sind sowohl das Bundesgericht als auch die kantonalen Gerichte an eine vom Bundesgesetzgeber willentlich erfolgte Abweichung von diesem Prinzip gebunden (Art. 113 Abs. 3 BV); in casu liegen indessen keine Umstände vor, die auf eine solche willentliche Abweichung vom erwähnten Grundsatz schliessen lassen, weshalb dieser bei der Auslegung der zur Diskussion stehenden Norm herangezogen werden muss. Da nun keinerlei Gründe ersichtlich sind, weshalb zwischen Eigenschaften und Entschieden - die der Gekündigten kraft ihrer Persönlichkeit zustehen - unterschieden werden sollte, spricht der Grundsatz der materiellen Gleichbehandlung ebenfalls für eine extensive Auslegung im vorerwähnten Sinne. Art. 336 Abs. 1 lit. a OR erfasst demnach nicht nur Eigenschaften, sondern auch Entschieden der Gekündigten, welche ihr kraft ihrer Persönlichkeit zustehen, sofern diese Eigenschaften beziehungsweise diese Entschieden nicht in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen und die Zusammenarbeit im Betrieb nicht wesentlich beeinträchtigen.

Selbst wenn man der vorerwähnten extensiven Auslegung von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR nicht folgen wollte, wäre eine durch den von einer Arbeitgeberin geäußerten Kinderwunsch motivierte Kündigung missbräuchlich, da - wie eingangs ausgeführt - die Aufzählung von Art. 336 OR nicht abschliessend ist, und der erwähnte Sachverhalt diesfalls als Missbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB zu qualifizieren wäre.

Soweit die Klägerin aufgrund der bei ihr vorliegenden Kombination von Geschlecht und Kinderwunsch entlassen wurde, ist nach dem Gesagten auch dieser Grund als missbräuchlich zu qualifizieren: Betreffend die Missbräuchlichkeit einer Entlassung aufgrund des Geschlechts sei auf das vorstehend in Erw. 2c/aa Ausgeführte verwiesen; dass die Entlassung aufgrund des der Klägerin kraft ihrer Persönlichkeit zustehenden Entschiedes (Kinderwunsch) ebenfalls missbräuchlich ist, folgt - da in casu keiner der

Rechtfertigungsgründe von Art. 336 Abs. I lit. a OR vorliegt - aus dem soeben Gesagten. Sind beide Faktoren (Geschlecht und Kinderwunsch) für sich allein als missbräuchlich zu qualifizieren, so muss dasselbe auch für

einen Entlassungsgrund gelten, der sich aus der Kombination dieser beiden Faktoren ergibt.

cc) Liegen mehrere Kündigungsgründe vor, so ist die ausgesprochene

ne Kündigung immer dann missbräuchlich, wenn der verpönte Grund derart wesentlich ist, dass ohne sein Vorliegen eine Kündigung nicht ausgesprochen worden wäre (Streiff/von Kaenel, a.a.O., Art. 336 N 20; Rehbin-der, a.a.O., Art. 336 N 11). In casu steht für das Kantonsgericht fest, dass beide Kündigungsgründe - Geschlecht und Eheschluss einerseits; Geschlecht und Kinderwunsch andererseits - für sich allein bereits eine Kündigung veranlasst hätten, und zwar weil beide Gründe die vom Beklagten befürchtete erhöhte Wahrscheinlichkeit eines Arbeitsausfalles nach sich gezogen hätten.

3. a) Gemäss Art. 336a Abs. 1 OR hat diejenige Partei, welche das

Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, der anderen Partei eine Entschädigung auszurichten. Diese wird vom Richter unter Würdigung sämtlicher Umstände festgelegt, darf jedoch maximal die Höhe von sechs Monatslöhnen erreichen (Art. 336a Abs. 2 OR). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bestimmen sich die Bemessungskriterien der Entschädigung nach deren Zweck. Dabei gilt es zu beachten, dass es sich bei dieser Entschädigung nicht um einen Schadenersatzanspruch handelt - solche Ansprüche werden in Art. 336a Abs. 2 Satz 2 ausdrücklich vorbehalten -, sondern um eine eigentliche Strafe. Durch Schadenersatz abzugelten, und nicht bei Festsetzung der Entschädigung nach Art. 336a OR zu berücksichtigen, sind daher die wirtschaftlichen Folgen der missbräuchlichen Kündigung, welche sich aus der Dauer des Arbeitsverhältnisses, aus dem Alter und der Stellung der Entlassenen, deren soziale Lage und den Verhältnissen auf dem Arbeitsmarkt ergeben. Demgegenüber hat sich die Entschädigung im Sinne von Art. 336a OR entsprechend ihrer pönalen Funktion entscheidend nach der Schwere der Verfehlung des Arbeitgebers zu richten, die insbesondere durch den Anlass der Kündigung, ein allfälliges Mitverschulden des Arbeitnehmers, das Vorgehen bei der Kündigung und die Art des aufgelösten Arbeitsverhältnisses bestimmt wird. Dabei ist - in analoger Anwendung von Art. 63 StGB - auch den wirtschaftlichen Verhältnissen des entschädigungspflichtigen Arbeitgebers Rechnung zu tragen (BGE 119 II 160 f. Erw. 2b).

b) Im vorliegenden Fall ist die Verfehlung des Beklagten als nicht all zu gravierend einzustufen, zumal ihm zuzugestehen ist, dass er die Kündigung nicht aussprach, weil er an sich eine negative Einstellung gegenüber Frauen, gegenüber dem Institut der Ehe oder gegenüber der

Gründung einer Familie hätte, sondern weil er aufgrund der vorerwähnten Faktoren mit einer gesteigerten Möglichkeit eines Arbeitsausfalles auf Seiten der Klägerin rechnet. Entschädigungsmindernd wirkt sich ferner die Tatsache

aus, dass die Kündigung an sich in einer korrekten Art und Weise erfolgte und vom Beklagten offen begründet wurde. Die wirtschaftlichen Verhältnis- se des Beklagten können vorliegend weder zu seinen Gunsten noch zu seinen Ungunsten berücksichtigt werden: Der Beklagte hat sich dazu nicht geäußert und insbesondere keine besonders schlechten finanziellen Verhält- nisse - welche sich zu einen Gunsten auswirken würden - behauptet. Soweit die Klägerin demgegenüber geltend macht, der Beklagte sei vermögend, ist dies mangels Beweis unbeachtlich; diese Behauptung gilt - da sich der Beklagte dazu nicht geäußert hat - gemäss Art. 156 Abs. 1 Satz 2 ZPO als bestritten; auf den entsprechenden, erst anlässlich der mündlichen Beru- fungsverhandlung gestellten Beweisantrag kann - da verspätet (vgl. PKG 1991 Nr. 12) - nicht eingetreten werden. Schliesslich können die entspre- chenden Verhältnisse aufgrund der im kantonalen Prozessrecht geltenden Verhandlungsmaxime (Art. 118 ZPO) - welche vorliegend von Art. 343 Abs. 4 OR infolge des Fr. 20 000.- übersteigenden Streitwerts nicht einge- schränkt wird - nicht von Amtes wegen abgeklärt werden. Die in casu kurze Dauer des Arbeitsverhältnisses - rund 2 $\frac{1}{2}$  Jahre - ist in der Weise zu berücksichtigen, als bei einem solch relativ kurzen Vertragsverhältnis der dem Arbeitgeber zuzuschreibende Treuebruch und damit die Schwere seiner Verfehlung im Vergleich zu einem langjährigen Arbeitsverhältnis etwas weniger schwerwiegend erscheint. Leicht erschwerend fällt im selben Zu- sammenhang allerdings ins Gewicht, dass die Kündigung erfolgt ist, obwohl die Klägerin die ihr zugewiesenen Arbeiten gemäss Arbeitszeugnis «immer gewissenhaft und zur vollsten Zufriedenheit» ausführte. Schliesslich gilt es zu beachten, dass der Klägerin keinerlei Mitverschulden an der Kündigung zuzuschreiben ist. Unter Berücksichtigung der erwähnten Umstände er- scheint dem Kantonsgericht die Zusprechung einer Entschädigung in der Höhe von zwei Monatslöhnen angemessen.

ZF 36/94

Urteil vom 27. Juni 1994

## **12 - Arbeitsvertrag (Art. 337ff. OR). Bemessung der Entschä- digung bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung (Art. 337c Abs. 3).**

*Aus den Erwägungen:*

1. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet einzig die Frage, ob Carola M. nach Art. 337c Abs. 1 OR eine Fr. 1000.- übersteigende Entschädigung zuzusprechen ist.

a) Entlässt der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin <sup>PKSt 1994</sup> ohne <sup>11</sup> wichtigen Grund, so kann der Richter erstere verpflichtet, der Arbeitnehmerin eine Entschädigung zu bezahlen. Diese wird vom Richter unter Würdigung