

- 9 – Arbeitsvertrag; Kündigung zur Unzeit (Art. 336c OR). Die aus Unkenntnis erst rund zwei Monate nach der faktischen Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgte Berufung auf die Sperrfrist kann mangels eines dahingehenden Geschäftswillens nicht als stillschweigende einvernehmliche Vertragsauflösung gedeutet werden und ist auch nicht rechtsmissbräuchlich. Das Arbeitsverhältnis dauert daher fort und der Arbeitgeber ist zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet; dies jedenfalls ab dem Zeitpunkt, ab welchem der Arbeitnehmer seine Arbeit angeboten hat, und unter Abzug dessen, was der Arbeitnehmer durch anderweitige Arbeit verdient hat.**

*Erwägungen:*

1. Unbestritten ist, dass die von der Beklagten am 29. Oktober 1992 ausgesprochene Kündigung während der in Art. 336 c Abs. 1 lit. a OR festgesetzten Sperrfrist erfolgte und damit nichtig ist (Art. 336 c Abs. 2 OR). Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien blieb damit grundsätzlich bestehen, hätte es doch einer neuen Kündigung - eine solche erfolgte nicht - bedurft, wenn das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Sperrfrist hätte gelöst werden wollen. Eine Umdeutung der nichtigen Kündigung in eine Kündigung zum nächstzulässigen Termin würde dem Sinn der Sperrfrist zuwiderlaufen (vgl. Rehbinder, Berner Kommentar zum OR, Bern 1992, N. 6 zu Art. 336 c OR). Indes kann nun praxisgemäss trotz zwingender Kündigungsvorschriften ein Aufhebungsvertrag nach Art. 115 OR zulässig sein, finden doch auf einvernehmliche Beendigungen des Arbeitsverhältnisses die Regeln über den Kündigungsschutz - durch die nicht ein bestimmtes Endziel verpönt wird, sondern die Art und Weise der Beendigung - keine Anwendung, und wird der Aufhebungsvertrag grundsätzlich auch nicht vom Verzichtverbot des Art. 341 Abs. 1 OR erfasst (vgl. BGE 115 V 443; Rehbinder, a.a.O., N. 1 zu Art. 336 c OR und N. 3 zu Art. 341 OR; Müller, Die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Bern 1991, S. 14 f.). Eben einen derartigen Aufhebungsvertrag nahm nun mit der Beklagten die Vorinstanz an, ging sie doch aufgrund der Tatsache, dass der Arbeitnehmer erst rund zwei Monate nach der faktischen Beendigung des Arbeitsverhältnisses den Kündigungsschutz geltend machte, davon aus, dieser habe auf die Fortführung des Arbeitsverhältnisses stillschweigend verzichtet, und wies deshalb die Klage ab. Zu prüfen ist somit, ob diese Betrachtungsweise der Vorinstanz und der Beklagten einer näheren Überprüfung stand hält.

2. Die einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses

besteht darin, dass sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer einigen, das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis in gegenseitigem Einvernehmen aufzulösen.

Zum Abschluss eines derartigen Aufhebungsvertrages bedarf es demnach übereinstimmender Willenserklärungen, die darauf gerichtet sind, ein Arbeitsverhältnis sofort oder jedenfalls auf einen früheren als im Vertrag vereinbarten oder durch Kündigung herbeiführbaren Termin zu beenden, wobei die Willensäußerungen auch hier nach dem Vertrauensprinzip auszulegen sind. An die Deutlichkeit der Erklärung bei Aufhebung des Arbeitsverhältnisses müssen dabei strenge Anforderungen gestellt werden, kann doch nicht vorausgesetzt werden, dass ein Arbeitnehmer ohne weiteres auf den ihm zustehenden Kündigungsschutz verzichten will. Vielmehr widerspricht es jeder Erfahrungsgregel, dass ein vernünftig denkender Mensch ohne Gegenleistung ein Rechtsgeschäft eingeht, das für ihn mit nachteiligen Folgen - etwa im Zusammenhang mit der Arbeitslosenentschädigung - verbunden ist (Müller, a.a.O., S. 41 ff.). Vorliegend kann deshalb offen bleiben, ob die von der Beklagten ausgesprochene nichtige Kündigung einer Konversion in einen Aufhebungsvertrag zugänglich ist, fehlt es doch jedenfalls an der weiteren notwendigen Zustimmung des Klägers als Kündigungsempfänger. Denn nur wenn dessen Verhalten eindeutig darauf hinweisen würde, dass er bei Kenntnis um die Nichtigkeit der Kündigung - auch gewillt war, einen entsprechenden Vertrag abzuschliessen, wäre ein Aufhebungsvertrag gültig vereinbart (vgl. Müller, a.a.O., S. 87 ff.). Wie nun das Beweisverfahren gezeigt hat, nahm der Kläger die durch die Beklagte ausgesprochene Kündigung einfach hin, ohne einen weitergehenden Geschäftswillen zum Ausdruck zu bringen, und blieb in der Folge der Arbeit fern. Blosses Schweigen auf eine Kündigung und deren widerspruchslose Hinnahme stellt indes keine Beendigung des Arbeitsverhältnisses kraft Aufhebungsvertrag dar, und auch blosses Nichterscheinen des Arbeitnehmers kann grundsätzlich nicht als stillschweigende Erklärung (Angebot oder Annahme eines Aufhebungsvertrages) über die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses qualifiziert werden (Müller, a.a.O., S. 54). Im übrigen und vor allem aber hatte der Kläger keine Kenntnis von der Sperrfrist und der damit einhergehenden Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung, so dass ein entsprechender Geschäftswille gar nicht erst gebildet werden konnte. An dieser Unkenntnis zu zweifeln, besteht mit Blick auf die deutliche, inhaltlich geschlossene und glaubwürdige Aussage des Zeugen M. - dem Dienstkollegen, welcher den Kläger im WK 1993 auf den Kündigungsschutz und die Ungültigkeit der Kündigung aufmerksam machte - entgegen der Auffassung der Beklagten kein Anlass. Sobald der Kläger indes um die Nichtigkeit der ausgesprochenen Kündigung wusste, wies er die Beklagte unmissverständlich darauf hin und bot dieser gleichzeitig seine Arbeitskraft wieder an. Unter diesen Umständen kann aber aus dem Verhalten des Klägers

schlecht- hin nicht auf einen Verzicht seines Kündigungsschutzes und die Absicht zu ei- ner einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses geschlossen wer- den. Ein Aufhebungsvertrag ist demnach nicht zustande gekommen.

Soweit die Beklagte dem Kläger schliesslich Rechtsmissbrauch vorwirft, ist dem entgegenzuhalten, dass sich dieser bloss auf den gesetzlich statuierten Kündigungsschutz beruft und in einem derartigen Fall besondere Umstände vorliegen müssten, welche die Berufung auf eine zwingend eingeräumte Rechtsposition als rechtsmissbräuchlich erscheinen liessen. Derartige Umstände sind indessen vorliegend nicht zu erkennen, hat sich doch der Kläger nie widersprüchlich verhalten, sondern die Nichtigkeit der Kündigung unverzüglich geltend gemacht, sobald er davon erfuhr. Ihm nun - wie die Vorinstanz und die Beklagte - anzulasten, dass dies erst zwei Monate nach der faktischen Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgte, und ihm vorzuhalten, die Kündigungsschutzbestimmungen gekannt oder sich hierüber zumindest rechtzeitig informiert haben zu müssen, geht nicht an, würde man doch damit vom Arbeitnehmer verlangen, in einer jedenfalls für ihn - nicht alltäglichen arbeitsrechtlichen Frage Bescheid zu wissen, von der in derartigen Fragen um ein Vielfaches erfahreneren Arbeitgeberin - offensichtlich kannte die Beklagte die gesetzlich statuierte Sperrfrist von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ja auch nicht-jedoch nicht. Vielmehr erscheint bei einer auftretenden Unkenntnis beider Teile um die Kündigungsschutzbestimmungen eine Risikoverlagerung auf den Arbeitgeber als gerechtfertigt, ist diesem doch diesbezüglich eine erweiterte Kenntnis zu attestieren und hat dieser auch weitergehende Mittel und Möglichkeiten, seine Unkenntnis zu beseitigen oder aber daraus folgende Konsequenzen zu verkraften (vgl. Müller, a.a.O., S. 47).

3. Aus dem Gesagten folgt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Beklagten über den 31. Januar 1993 hinaus fort dauerte. Damit bleiben die bisherigen vertraglichen und gesetzlichen Rechte und Pflichten der Parteien unverändert bestehen, der Arbeitnehmer zur Leistung von Arbeit im Dienste der Arbeitgeberin und diese zur Entrichtung des Lohnes. Kommt der Arbeitnehmer seiner Arbeitspflicht nicht nach und liegen keine anerkannten Verhinderungsgründe vor, so gerät er wegen Nichterfüllung des Vertrages in Verzug. Der Arbeitgeber kann in diesem Fall für die Dauer der fehlenden Arbeitsleistung den Lohn verweigern. Ebenso gelten die Regeln über den Annahmeverzug des Arbeitgebers. Kann die Arbeit infolge des Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden oder kommt er aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, so bleibt er zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist. Arbeitgeberverzug liegt dabei grundsätzlich

erst vor, wenn der Arbeitnehmer die Arbeit eindeutig angeboten hat (BGE 115 V 444). Mit Schreiben vom 2. April 1993 erfolgte ein konkretes und unmissverständliches Arbeitsangebot des Klägers an die Adresse der Beklagten. Nachdem der Kläger des weitem seinen Lohnanspruch erst ab diesem Zeitpunkt geltend macht, braucht auf weitere sich in diesem Zusammenhang stellende

Fragen (etwa bezüglich der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers in dieser Hinsicht) gar nicht erst eingegangen zu werden. Ab jenem Zeitpunkt geriet die Beklagte jedenfalls in Verzug und war zur Lohnfortzahlung verpflichtet, und zwar auch über den 7. Juni 1993 - auf diesen Zeitpunkt fand der Kläger eine neue, indes schlechter bezahlte Arbeitsstelle - hinaus, kam er doch damit bloss seiner Schadenminderungspflicht nach und war darüber hinaus auch schon aus wirtschaftlichen Gründen zu einer anderweitigen Beschäftigung genötigt. Ob schliesslich das Arbeitsverhältnis aufgrund des Verhaltens und der Interessenlage der Parteien im gegenseitigen Einvernehmen auf Ende August 1993 aufgelöst worden ist, kann offen bleiben, nachdem der Kläger sich jedenfalls auf diesen Zeitpunkt behaften lässt und seine Lohnansprüche nur bis zu diesem Datum geltend macht.

ZF 87/94

Urteil vom 16. Januar 1995

(Die gegen dieses Urteil eingereichte Berufung hat das Bundesgericht mit Urteil vom 13. Oktober 1995 abgewiesen.)

- 10 - Einfacher Auftrag (Art. 394 ff. OR). Vertragsverhältnis zwischen Zahnarzt und Patient.**
- **Das Vertragsverhältnis als Ganzes mit Einschluss der Erstellung von Prothesen richtet sich nach Auftragsrecht (Erw. 2).**
  - **Führt der Beauftragte den Auftrag nur unvollständig aus oder handelt er unsorgfältig, so führt dies nicht ohne weiteres zum gänzlichen Verlust seines Vergütungsanspruchs, sondern es ist dieser aufgrund des Äquivalenzprinzips und des Bereicherungsverbots nach dem Wert der brauchbaren Leistung zu mindern. Bei einem ersatzfähigen Schaden kann der Ausgleich grundsätzlich so erfolgen, dass der Beauftragte zum Ersatz des Schadens verpflichtet und der Ersatzanspruch mit seinem (diesfalls nicht zu mindernden) Vergütungsanspruch verrechnet wird (Erw. 2 ff.).**
  - **Genugtuung bei Verletzung zahnärztlicher Sorgfaltspflichten (Art. 47 in Verbindung mit Art. 99 Abs. 3 OR). Voraussetzungen und Höhe (Zusprechung einer Genugtuung von Fr. 1000.- wegen Erstellung einer völlig unbrauchbaren Zahnprothese) (Erw. 5).**

*Aus den Erwägungen:*

2. Wie die Vorinstanz unter Hinweis auf BGE 110 II 375 ff. zu Recht

festgestellt hat, richtet sich das vorliegend zu beurteilende Vertragsverhältnis