



**Kantonsgericht von Graubünden
Tribunale cantonale dei Grigioni
Dretgira chantunala dal Grischun**

Ref.:
ZF 03 27

Chur, 15. September 2003

Schriftlich mitgeteilt am:

(Eine gegen diese Entscheidung erhobene Berufung hat das Bundesgericht mit Urteil vom 31. März 2004 (4C.45/2004) abgewiesen.)

Urteil

Zivilkammer

Vizepräsident Schlenker, Kantonsrichter Heinz-Bommer, Lazzarini, Rehli und Sutter-Ambühl, Aktuar ad hoc Berti

In der zivilrechtlichen Berufung

des X., Ingenieur- und Planungsbüro, Beklagter und Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Marco Hauser, Kirchbühlstrasse 21, 5630 Muri,

gegen

das Urteil des Bezirksgerichts Plessur vom 14. Februar 2003, mitgeteilt am 14. Mai 2003, in Sachen des Y., Kläger und Berufungsbeklagter, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Jürg Domenig, Hartbertstrasse 1, 7002 Chur, gegen den Beklagten und Berufungskläger,

betreffend Forderung aus Arbeitsvertrag,

hat sich ergeben:

A. Y. ist diplomierter Bauingenieur, X. Inhaber eines Ingenieur- und Planungsbüros. Am 8. Juni 2001 schlossen Y. und das Ingenieur- und Planungsbüro A. einen Arbeitsvertrag. Y. trat seine Stelle am 6. August 2001 an. Mit Schreiben vom 5. Oktober 2001 teilte das Ingenieur- und Planungsbüro A. Y. die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit und hielt fest, die Kündigungsfrist werde möglichst kurz gehalten. In der Folge legte es den Austrittstermin auf Ende November 2001 fest und teilte dies Y. mündlich mit. Vom 29. Oktober bis 9. November 2001 hatte Y. Militärdienst zu leisten. Ab 1. Dezember 2001 war er arbeitslos.

B. Anfangs Dezember 2001 stellte Y. Antrag auf die Entrichtung einer Arbeitslosenentschädigung ab 5. Dezember 2001. Die Arbeitslosenkasse Graubünden verneinte das Bestehen eines Anspruchs mit der Begründung, dass dem Versicherten bis 28. Februar 2002 Lohnansprüche zustünden. Mit Schreiben vom 20. Dezember 2001 teilte die Arbeitslosenkasse dem Ingenieur- und Planungsbüro A. mit, dass die am 5. Oktober 2001 ausgesprochene Kündigung während der Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. a OR erfolgt sei und deshalb frühestens auf den 28. Februar 2002 wirksam werde. A. stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, Y. habe sich im Zeitpunkt der Kündigung noch in der Probezeit befunden, weshalb der Kündigungsschutz des Art. 336c Abs. 1 lit. a OR nicht gelte.

C. Y. meldete seine Lohnzahlungsklage am 19. März 2002 beim Vermittleramt des Kreises Chur an. Nach erfolglos verlaufener Sühneverhandlung vom 22. April 2002 wurde der Leitschein am 7. Mai 2002 mit folgenden Rechtsbegehren ausgestellt:

Klägerisches Rechtsbegehren:

1. *Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 15'453.60 zuzüglich Zins zu 5% seit 18. März 2002 zu bezahlen.*
2. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolge - letztere zuzüglich 7,6 % Mehrwertsteuer - zu Lasten des Beklagten.*

Beklagtisches Rechtsbegehren:

1. *Abweisung der Klage.*
2. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers.*

D. Mit Urteil vom 14. Februar 2003, mitgeteilt am 14. Mai 2003, erkannte das Bezirksgericht Plessur:

1. *Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger CHF 15'453.60 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 18. März 2002 zu bezahlen.*
2. *Die Kosten des Vermittleramtes des Kreises Chur gehen zu Lasten der Kreiskasse, diejenige des Bezirksgerichts Plessur von Fr. 3'600.-- (Gerichtsgebühren Fr. 3'280.--, Barauslagen Fr. 20.--, Streitwertzuschlag Fr. 300.--) gehen zu Lasten der Gerichtskasse. Der Beklagte wird verpflichtet, den Kläger ausseramtlich mit Fr. 5'000.-- (inkl. MwSt) zu entschädigen.*
3. *[Mitteilung].*

E. Das Bezirksgericht Plessur erwog im Wesentlichen, die Kündigung sei nach Ablauf der Probefrist und während der Sperrfrist des Art. 336c Abs. 1 lit. a OR erfolgt, weshalb sie nichtig sei; ob sie auch wegen Verstosses gegen Art. 336 Abs. 1 lit. d OR („Rachekündigung“) nichtig sei, könne deshalb offen bleiben. Obwohl eine weitere, gültige Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht ersichtlich, habe der Kläger den 28. Februar 2002 als Austrittstermin akzeptiert. Der Anspruch des Klägers auf Lohn für die Monate Dezember 2001 und Januar und Februar 2002 sei ausgewiesen, die Klage entsprechend gutzuheissen.

F. X. liess mit einer beim Bezirksgericht Plessur am 5. Juni 2003 eingegangenen Erklärung Berufung an das Kantonsgericht Graubünden erheben und folgende Anträge stellen:

1. *Das Urteil des Bezirksgerichtes Plessur vom 14. Februar 2003 sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen..*
2. *Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers.*

G. Zur Hauptverhandlung am 15. September 2003 erschienen der Rechtsvertreter des Beklagten und Berufungsklägers, Rechtsanwalt Dr. iur. Marco Hauser, sowie jener des Klägers und Berufungsbeklagten, Rechtsanwalt Dr. iur. Jürg Domenig. Der Vorsitzende las die Berufungsanträge vor und stellte fest, dass keine Vertröstungen zu leisten gewesen seien, denn es handele sich vorliegend um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit. Er stellte ferner fest, dass die Vollmachten der Parteivertreter bei den Akten lägen. Sodann wies der Vorsitzende darauf hin, dass Kantonsrichter B. als Anwalt in der gleichen Kanzleigemeinschaft (Unkostengemeinschaft) wie C., die als nebenamtliche Bezirksrichterin an der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, tätig sei. Die beiden Rechtsvertreter verneinten das Vorliegen eines Ablehnungsgrundes und erklärten sich ausdrücklich damit einverstanden, dass Kantonsrichter B. mitwirke. Es wurden auch sonst keine Einwendungen gegen Zuständigkeit oder Zusammensetzung des Gerichts gemacht, so dass dieses als legi-

timiert erklärt werden konnte. Nachdem keine weiteren Beweisanträge gestellt wurden, erklärte der Vorsitzende das Beweisverfahren für geschlossen. Beide Rechtsvertreter gaben schriftliche Erklärungen zu den Akten im Sinne von Art. 51 Abs. 1 lit. b OG. Der Berufungsbeklagte beantragte kostenfällige Abweisung der Berufung.

Auf die Ausführungen der Parteivertreter zur Begründung ihrer Anträge und auf die Erwägungen der Vorinstanz wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Die Zivilkammer zieht in Erwägung :

1. Gegen Urteile der Bezirksgerichte in vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von über Fr. 8'000.-- ist Berufung gegeben (Art. 218 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Ziff. 1 ZPO). Sie ist innert der peremptorischen Frist von 20 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des Urteils zu erklären (Art. 219 Abs. 1, 1. Satz ZPO). Die Erklärung hat die formulierten Anträge auf Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und der Beurteile sowie neue Einreden, soweit solche noch zulässig sind, zu enthalten (Art. 219 Abs. 1, 2. Satz ZPO). Der Berufungsstreitwert ist im vorliegenden Fall erreicht, die Berufung wurde form- und fristgerecht erklärt, und der Berufungskläger ist beschwert. Es ist deshalb auf die Berufung einzutreten.

2. a. Der erste Monat eines Arbeitsverhältnisses gilt als *Probefrist* (Art. 335b Abs. 1, 2. Hs. OR). Durch schriftliche Abrede können abweichende Vereinbarungen getroffen werden, wobei die Probezeit höchstens auf drei Monate verlängert werden darf (Art. 335b Abs. 2 OR).

Das Arbeitsverhältnis kann im ersten Dienstjahr mit einer Kündigungsfrist von einem Monat, im zweiten bis und mit dem neunten Dienstjahr mit einer Frist von zwei Monaten je auf das Ende eines Monats gekündigt werden (Art. 335c Abs. 1 OR). Diese Fristen können durch schriftliche Abrede abgeändert werden (Art. 335 Abs. 2 OR); für Arbeitgeber und Arbeitnehmer dürfen keine verschiedenen Kündigungsfristen festgesetzt werden (Art. 335a Abs. 1 OR).

Der Berufungskläger und Beklagte rügt vorab, die Vorinstanz habe Inhalt und Tragweite der im Arbeitsvertrag zwischen den Parteien enthaltenen Kündigungsklausel verkannt. Die dort verwendete Formulierung „*Die Kündigungsfrist beträgt die ersten drei Monate 1 Monat, später zwei Monate*“ bringe bei richtiger Auslegung den gemeinsamen Parteiwillen zum Ausdruck, die *Probefrist* zu verlängern.

b. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts bestimmt sich der Inhalt eines Vertrags in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen gemäss Art. 18 Abs. 1 OR (statt vieler BGE I. Zivilabteilung vom 16.8.2001, 4C.8/2001 = Pra 91 [2002] Nr. 57 S. 329 E. 1 b, betreffend die Auslegung einer Bestimmung eines Arbeitsvertrages). Dieser Wille ist gegebenenfalls durch Indizien zu erschliessen (BGE a.a.O. mit Verweisung auf BGE 125 III 305 E. 2 b S. 308). Nur wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie nach den gesamten Umständen verstanden werden dürften und mussten (BGE a.a.O. S. 229 f. E. 1b mit Verweisung auf BGE 121 III 118 E. 4b/aa). Dabei hat das Gericht zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE a.a.O. S. 230 E. 1b mit Verweisung auf BGE 122 III 420 E. 3a; 117 II 609 E. 6c; 115 II 268 E. 5a mit Hinweisen).

c. Die Vorinstanz hat keinen tatsächlichen übereinstimmenden Willen der Parteien festgestellt, und in der Folge zutreffenderweise die strittige vertragliche Bestimmung nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt (angefochtene Entscheidung S. 5 ff. E. 4). Dabei ist sie von den richtigen, soeben angeführten (oben E. 2 b) Auslegungsgrundsätzen ausgegangen (angefochtene Entscheidung S. 5 f. E. 4 b). Die Vorinstanz erinnerte unter Hinweis auf ZK-STAEHELIN Art. 335b OR N 10 daran, dass die Vereinbarung einer anderen als dispositiven gesetzlichen Probezeitregelung klar und unzweideutig sein müsse. Die Formulierung „*Die Kündigungsfrist beträgt die ersten drei Monate 1 Monat, später zwei Monate*“ erfülle dieses Klarheitserfordernis nicht (angefochtene Entscheidung S. 6 E. 4 b aa). Auch aus dem Zweck des Vertrags ergebe sich nichts Anderes (angefochtene Entscheidung S. 6 f. E. 4 b cc): Es sei kein Interesse ersichtlich, weshalb eine Probezeit von drei Monaten mit einer Kündigungsfrist von einem Monat vereinbart werden sollte, wenn während dieses Zeitraumes ohnehin von Gesetzes wegen eine Kündigungsfrist von einem Monate gegolten hätte. Dass der beklagte Arbeitgeber zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auch nicht die Verhinderung der Entstehung einer Sperrfrist während der ersten drei Monate des Arbeitsverhältnisses vor Augen gehabt haben könne, ergebe sich aus dessen Eingeständnis in der Prozessantwort S. 5, dass er selbst im späteren Zeitpunkt der Kündigung keine Kenntnis der Kündigungsschutzbestimmung gehabt habe. Die Vorinstanz gelangte damit zum zutreffenden Schluss, dass die Parteien mit der vom Beklagten im Vertrag gewählten Formulierung ausschliesslich die gesetzlichen *Kündigungsfristen* hätten abändern wollen (angefochtene Entscheidung

S. 8 E. 4 b bb *in fine*). Statt eigener Begründung kann daher auf diese Erwägungen Bezug genommen werden (Art. 229 Abs. 3 ZPO).

3 a. Zulässige Beweisanträge, die etwas an der Feststellung der Vorinstanz, wonach kein tatsächlicher, übereinstimmender Parteiwille dargetan sei, hätten ändern können, wurden keine gestellt. Die Berufung richtet sich lediglich gegen die vorinstanzliche Auslegung der Parteierklärung. Der Berufungskläger und Beklagte lässt in diesem Zusammenhang vortragen, die Vorinstanz habe verkannt, dass die Parteien die gesetzlich für eine Probezeitverlängerung geforderten Elemente in ihrer schriftlichen Vereinbarung genannt hätten (Plädoyer Berufungsbegründung, S. 5 *sub c* und S. 6 f. *sub a*; dazu unten *sub b*); sodann habe sie es unterlassen, der gewählten Formulierung einen dem Zweck der Parteivereinbarung entsprechenden Sinn beizumessen (Plädoyer Berufungsbegründung, S. 7 f. *sub c*; dazu unten *sub c*).

b. Zwar mag es zutreffen, dass *in objektiver Hinsicht* die Parteien die gesetzlich für eine *Probezeitverlängerung* geforderten Elemente in ihrer schriftlichen Vereinbarung genannt haben. Es trifft aber ebenso zu, dass sich genau dasselbe bezüglich der Elemente für eine abweichende Regelung der Kündigungsmodalitäten sagen lässt. Zumal beides gemeint sein *könnte*, hat die Vorinstanz richtigerweise festgehalten, dass bei der bloss erfolgten Erwähnung des Wortes Kündigung nicht klar dargetan sei, dass *nur* eine Probezeitverlängerung gemeint war. Sie hat damit den Grundsatz *in dubio contra stipulatorem* zutreffend und bundesrechtskonform zulasten des Berufungsklägers und Beklagten angewandt.

c. Die Berufung rügt sodann (Plädoyer Berufungsbegründung, S. 8 *sub c*), die Vorinstanz habe festgehalten, dass es „auch für den Beklagten [den Arbeitgeber] ausschliesslicher Vertragszweck war, die gesetzlichen Kündigungsfristen abweichend zu regeln“, ohne dass die von den Parteien gewählte Formulierung diesen Zweck optimal erfüllt hätte. Der Berufungskläger behauptet, die Parteien hätten in den ersten drei Monaten eine erleichterte Auflösung des Arbeitsverhältnisses bezweckt. Die von den Parteien gewählte Formulierung hat denn auch die Auflösung während der ersten drei Monate fraglos erleichtert, weil die Kündigung *nicht* auf das Ende eines Monats erfolgen musste (wie dies nach Art. 335c Abs. 1 OR der Fall wäre). Damit war der vom Berufungskläger und Beklagten behauptete Zweck bereits auf eine bestimmte Weise erreicht. Dass dieser Zweck vielleicht noch besser hätte erreicht werden können, wenn die Parteien eine klare schriftliche Regelung betreffend die Probezeit getroffen hätten, ändert nichts daran, dass sie dies nicht

taten. Der Beklagte und Berufungskläger hat denn auch in der Prozessantwort eingestanden, dass im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses „[w]eder dem Beklagten noch wohl auch dem Kläger [...] damals die Kündigungsschutzbestimmung von Art. 336c OR bekannt war [...]“. Seine Kritik an der vorinstanzlichen Auslegung der umstrittenen Formulierung ist klarerweise unbegründet.

d. Der Berufungskläger hält seine Auslegungsthese dadurch für bestätigt, dass der Berufungsbeklagte gegen den Passus in der Kündigungserklärung (kB 7), wonach der Arbeitgeber „während der Probezeit“ kündige, nicht remonstriert habe. Die Vorinstanz hat mit zutreffender Begründung, auf die hier verwiesen wird (Art. 229 Abs. 3 ZPO), die gebrauchte Wendung als nachträgliche einseitige Selbstinterpretation gewertet und das Argument verworfen. Bei dieser Sachlage kann offen bleiben, ob das „Kündigungsschreiben“ des Arbeitgebers (kB 7), das nicht spezifizierte, auf wann gekündigt sei, nicht auch *unabhängig* von der wegen Verstosses gegen Art. 336c Abs. 1 lit. a OR gegebenen Nichtigkeit wegen *inhalt-lichen* Mangels ungültig war.

4. a. Der Berufungskläger und Beklagte greift schliesslich die Frage, ob der Kläger als Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung wieder rechtzeitig angeboten habe, nachdem er von der Nichtigkeit der Kündigung Kenntnis erlangt hat, erneut auf (Plädoyer Berufungsbegründung S. 10 f.).

b. In ihrer Hauptbegründung (angefochtene Entscheidung S. 10 f. E. 7a) hielt die Vorinstanz den Beweis zutreffend für erbracht, dass der Kläger und Berufungsbeklagte seine Arbeitsleistung wieder angeboten hat. Die Berufung spezifiziert nicht, was an dieser Beweismwürdigung unzutreffend sein soll. Sie beschränkt sich auf die Wiederholung des bereits vor der Vorinstanz vorgetragenen Standpunktes, wonach der Kläger seine Arbeitskraft erstmals mit Schreiben vom 15. Januar 2002 (kB 14) angeboten hat und dieses Angebot als verspätet zu erachten sei (Plädoyer Berufungsbegründung S. 11 *in fine*). Auch hier kann im Sinne von Art. 229 Abs. 3 ZPO auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden.

c. Hingegen kritisiert die Berufung die vorinstanzliche Eventualbegründung, wonach der Berufungskläger und Beklagte als Arbeitgeber unter den gegebenen Umständen als Ausfluss seiner Treuepflicht gehalten war, den Arbeitnehmer über die Nichtigkeit der ausgesprochenen Kündigung zu informieren. Indes ist auch diese Eventualbegründung, worauf im Sinne von Art. 229 Abs. 3 ZPO verwiesen wird, nicht zu beanstanden. Hinzuzufügen ist lediglich, dass zumindest für den Zeitraum

zwischen dem 18. Januar - 28. Februar 2002 schon in tatsächlicher Hinsicht zweifelsfrei aus kB 15 und 16 hervorgeht, dass der Berufungskläger und Beklagte als Arbeitgeber nicht an einer irgendwie gearteten Weiterbeschäftigung des Klägers und Berufungsbeklagten interessiert war. Damit setzte aber er seine seit Vornahme der Kündigung eingenommene Haltung, wonach diese gültig sei, schlicht fort. Unter diesen konkreten Umständen wäre es in der Tat treuwidrig, dem Arbeitnehmer vorzuwerfen, er habe seine Arbeitsleistung nicht angeboten.

5. Auch aus der in der Berufungsreplik und -duplik angetönten Thematik allfälliger gesundheitlicher Schwierigkeiten des Arbeitnehmers vermag der Berufungskläger und Beklagte nichts von seinen Gunsten abzuleiten. Zwar ist grundsätzlich nichts dagegen einzuwenden, wenn auch solche Aspekte - mit der gebotenen Rücksicht und Sachlichkeit - im Prozess aufgeworfen werden. Der Berufungskläger und Beklagte behauptet indes selber nicht, ihm allenfalls daraus entstandene Rechtsbehelfe rechtzeitig bzw. überhaupt ausgeübt zu haben.

6. Damit erweist sich die Berufung auch insgesamt als unbegründet. Da die Kündigung somit (vgl. Art. 336 c Abs. 1 lit. a OR) frühestens am 10. Dezember 2001 auf den 28. Februar 2002 (kB 4, Art. 335 c Abs. 1 OR) hätte erfolgen können, bleibt es bei der von der Vorinstanz mit zutreffender Begründung, auf die gemäss Art. 229 Abs. 3 ZPO verwiesen werden kann, getroffenen Entscheidung.

7. Bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000 dürfen von Bundesrechts wegen weder Gebühren erhoben noch Auslagen des Gerichts den Parteien auferlegt werden (Art. 343 Abs. 3 OR). Das Bundesrecht überlässt hingegen die Frage der Parteientschädigung dem kantonalen Recht, weshalb die Befreiung von den Gerichtskosten die Zuspreehung einer Parteientschädigung nicht zum vorneherein ausschliesst (Zürcher Kommentar STAEHELIN, Art. 343 OR N 29; Berner Kommentar REHBINDER, Art. 343 OR N 19). Die ZPO von Graubünden enthält keine spezifische Regelung für arbeitsrechtliche Streitigkeiten, weshalb die ausseramtlichen Kosten von Fr. 3'000.-- gemäss der allgemeinen Regel des Art. 122 Abs. 2 ZPO der unterliegenden Partei, im vorliegenden Fall dem Berufungskläger, zu auferlegen sind.

Demnach erkennt die Zivilkammer :

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Der Berufungskläger hat den Berufungsbeklagten ausseramtlich mit Fr. 3'000.-- zu entschädigen.
4. Mitteilung an:

Für die Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden

Der Vizepräsident

Der Aktuar ad hoc: