

# BGer 4A 521/2023 vom 16. Februar 2024

Bundesgericht, 2024-02-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_521\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_521_2023)

FR: TF 4A 521/2023 du 16 février 2024

IT: TF 4A 521/2023 del 16 febbraio 2024

## Regeste

Arbeitsvertrag, Kündigung während der Probezeit, | Vertragsrecht

## Erwägungen

### E. 1

Mit dem heutigen Entscheid in der Sache wird das Gesuch um (superprovisorische) Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

### E. 2

Der angefochtene Entscheid des Obergerichts ist ein Endentscheid ( Art. 90 BGG ) einer Vorinstanz im Sinne von Art. 75 BGG . Der Streitwert erreicht die Grenze von Fr. 15'000.-- gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG . Auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor und geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist unter Vorbehalt einer hinreichenden Begründung ( Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG ) grundsätzlich einzutreten. Nicht eingetreten werden kann allerdings auf das Begehren, die Betreibung betreffend die erstinstanzliche Parteientschädigung sei zurückzuziehen und der diesbezügliche Eintrag vom zuständigen Betreibungsamt zu löschen. Dieses Begehren ist neu und damit unzulässig ( Art. 99 Abs. 2 BGG ). Zudem bildet die genannte Betreibung nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens. Der Antrag, die erstinstanzliche Parteientschädigung von Fr. 4'841.-- sei aufzuheben, ist ebenfalls neu. Er wird in der Beschwerde nicht begründet, weshalb auch darauf nicht einzutreten ist ( Art. 42 Abs. 1 BGG ).

### E. 3.1

Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Die Beschwerde ist hinreichend zu begründen, ansonsten darauf nicht eingetreten werden kann ( BGE 140 III 115 E. 2; 134 II 244 E. 2.1). In der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt ( Art. 42 Abs. 2 BGG ). Unerlässlich ist, dass auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingegangen und im Einzelnen aufgezeigt wird, worin eine vom Bundesgericht überprüfbare Rechtsverletzung liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerde an das Bundesgericht nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen ( BGE 140 III 115 E. 2, 86 E. 2). Eine qualifizierte Rügspflicht gilt hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht. Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Macht die beschwerdeführende Partei beispielsweise eine Verletzung des Willkürverbots ( Art. 9 BV ) geltend, genügt es nicht, wenn sie einfach behauptet, der

angefochtene Entscheid sei willkürlich; sie hat vielmehr im Einzelnen zu zeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist ( BGE 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1, 167 E. 2.1; je mit Hinweisen). Die Begründung hat ferner in der Beschwerdeschrift selbst zu erfolgen und der blosser Verweis auf Ausführungen in anderen Rechtschriften oder auf die Akten reicht nicht aus ( BGE 143 II 283 E. 1.2.3; 140 III 115 E. 2).

### **E. 3.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht; zudem muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können ( Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG ). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" ( BGE 145 V 188 E. 2; 140 III 115 E. 2). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat ( BGE 140 III 86 E. 2). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1).

### **E. 4**

Der Beschwerdeführer macht eine Entschädigung nach Art. 336a OR von drei Monatslöhnen wegen missbräuchlicher Kündigung geltend.

#### **E. 4.1**

Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis kann von jeder Vertragspartei unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist gekündigt werden ( Art. 335 Abs. 1 OR ). Das schweizerische Arbeitsvertragsrecht geht mithin vom Grundsatz der Kündigungsfreiheit aus. Für die Rechtmässigkeit einer Kündigung bedarf es grundsätzlich keiner besonderen Gründe ( BGE 136 III 513 E. 2.3; 132 III 115 E. 2.1; 131 III 535 E. 4.1; 127 III 86 E. 2a). Die Kündigungsfreiheit findet aber ihre Grenzen am Missbrauchsverbot. Missbräuchlich ist die Kündigung nur, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, die in Art. 336 OR umschrieben werden, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist. Es sind deshalb - neben den in Art. 336 OR aufgeführten - weitere Tatbestände denkbar und vom Bundesgericht auch schon anerkannt worden ( BGE 136 III 513 E. 2.3; 134 III 108 E. 7.1; 132 III 115 E. 2.1). Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt indessen voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten vergleichbar ist ( BGE 136 III 513 E. 2.3; 132 III 115 E. 2.1; 131 III 535 E. 4.2).

#### **E. 4.2**

Während der Probezeit sind die Sperrfristen (zeitlicher Kündigungsschutz) nicht anwendbar (Art. 336c Abs. 1 Einleitungssatz OR). Hingegen gilt der sachliche Kündigungsschutz auch während der Probezeit. Mithin kann eine Kündigung grundsätzlich auch während der

Probezeit missbräuchlich sein, wobei aber mit Blick auf den Zweck der Probezeit Missbräuchlichkeit nur mit Zurückhaltung anzunehmen ist; es braucht qualifizierte Umstände (vgl. BGE 136 III 96 E. 2; 134 III 108 E. 7.1). Denn die Probezeit soll den Parteien die Möglichkeit bieten, einander kennenzulernen, was zur Schaffung eines Vertrauensverhältnisses notwendig ist. Sie erlaubt den Parteien abzuschätzen, ob sie die gegenseitigen Erwartungen erfüllen, und sie werden in die Lage versetzt, über die in Aussicht genommene langfristige Bindung in Kenntnis der konkreten Umstände zu urteilen ( BGE 134 III 108 E. 7.1.1; 129 III 124 E. 3.1 S. 125 f.; je mit Hinweisen). Das Recht, während der Probezeit mit verkürzter Frist zu kündigen, ist Ausfluss der Vertragsfreiheit. Bei Abschluss des Vertrags liegt es grundsätzlich im Belieben des Arbeitgebers, welchen von mehreren Kandidaten er einstellen will. Ebenso entscheidet der Arbeitnehmer frei, für welche Arbeitsstelle er sich bewirbt. Nach Art. 335b OR wirkt diese Abschlussfreiheit in die Probezeit nach, indem die Parteien grundsätzlich den Entscheid über eine langfristige Bindung aufgrund der in der Probezeit gewonnenen Erkenntnisse frei treffen können. Soweit sich die Kündigung an diesem Zweck der Probezeit orientiert, ist allein darin, dass ihr etwas "Willkürliches" anhaftet, kein Rechtsmissbrauch zu erblicken ( BGE 134 III 108 E. 7.1.1).

#### **E. 4.3**

Der Beschwerdeführer erblickt die Missbräuchlichkeit der Kündigung in einer Verletzung der Fürsorgepflicht. Er macht im Wesentlichen geltend, sein direkter Vorgesetzter, C.\_\_\_\_\_, habe sich nicht an die zu jenem Zeitpunkt geltenden Corona-Hygieneregeln gehalten und auch sonst kein sozialadäquates Hygieneverhalten gezeigt. Am 17. Dezember 2021 habe er den Geschäftsführer der Beschwerdegegnerin, D.\_\_\_\_\_, per E-Mail und telefonisch über das fehlende Hygienebewusstsein seines Vorgesetzten informiert. Daraufhin habe ihm die Beklagte gekündigt. Die Beklagte habe trotz dieser klarer Hinweise das zum Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers Zumutbare nicht vorgekehrt und dadurch ihre Fürsorgepflicht verletzt.

#### **E. 4.4**

Das Regionalgericht stellte nach Durchführung eines Beweisverfahrens fest, dass eine grundsätzliche Missachtung der Hygienemassnahmen durch C.\_\_\_\_\_ nicht nachgewiesen sei. E.\_\_\_\_\_ habe als Verantwortlicher des Schutzkonzepts im Betrieb der Beschwerdegegnerin für dessen Vollzug gesorgt. Eine Verletzung der Fürsorgepflicht sei nicht erstellt. Sodann stellte das Regionalgericht fest, dass die Beschwerdegegnerin den Kündigungsentschluss spätestens am 16. Dezember 2021 definitiv gefasst habe. Der Beschwerdeführer habe sich zum ersten Mal am 17. Dezember 2021 beim Geschäftsführer der Beschwerdegegnerin über das Hygieneverhalten von C.\_\_\_\_\_ beschwert. Zwischen den Beanstandungen des Beschwerdeführers und dem Kündigungsentschluss könne somit keine Kausalität bestehen. Die Angaben der Beschwerdegegnerin, wonach sie das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer aufgrund von nicht erfüllten Erwartungen betreffend die Einfügung ins Team sowie ungenügenden Fortschritten bei der Einarbeitung gekündigt habe, leuchteten ein. Ohnehin wäre eine Kündigung auch ohne Grund zulässig gewesen. Die Vorinstanz schützte die Sachverhaltsfeststellungen der Erstinstanz und schloss sich deren Beurteilung an. Sie verwarf die dagegen vorgetragenen Vorbringen des Beschwerdeführers, soweit sie darauf eintrat.

#### **E. 4.5**

Dem Versuch des Beschwerdeführers, die erwähnten Sachverhaltsfeststellungen umzustossen, ist kein Erfolg beschieden. Seine Ausführungen stellen keine hinlänglich begründeten Sachverhaltsrügen dar (vgl. E. 3.2). Er beharrt bloss auf seiner eigenen Sicht der Dinge, insbesondere betreffend die Klageantwortbeilage 4, zeigt aber nicht auf, dass die Vorinstanz Recht verletzt hätte, namentlich in Willkür ( Art. 9 BV ) verfallen wäre, indem sie die Beweiswürdigung des Regionalgerichts schützte. Ebenso wenig wird eine Gehörsverletzung ( Art. 29 Abs. 2 BV ) oder eine Verletzung von Art. 6 EMRK rechtsgenügend begründet (vgl. E. 3.1). Soweit die Vorinstanz auf die Berufung eintreten konnte und die Vorbringen relevant waren, hat sie sich genügend damit auseinandergesetzt (vgl. BGE 148 III 30 E. 3.1; 142 II 49 E. 9.1; 141 III 28 E. 3.2.4). Ist aber für das Bundesgericht verbindlich festgestellt, dass die Beschwerdegegnerin ihren Kündigungsentschluss am 16. Dezember 2021 gefasst hat, mithin bevor sich der Beschwerdeführer zum ersten Mal am 17. Dezember 2021 beim Geschäftsführer der Beschwerdegegnerin über das Hygieneverhalten von C. \_\_\_\_\_ beschwert hatte, fehlt es jedenfalls am Kausalzusammenhang zwischen dem Kündigungsentschluss und den Beanstandungen. Bereits deswegen entfällt eine Rache Kündigung, wobei eine solche aufgrund der geltend gemachten Umstände ohnehin kaum ernsthaft in Betracht kommt. Auch für eine Verletzung der Fürsorgepflicht fehlt es an den tatsächlichen Grundlagen, sodass eine missbräuchliche Kündigung auch unter diesem Titel von vornherein ausscheidet. Das Gleiche gilt, soweit der Beschwerdeführer die Missbräuchlichkeit der Kündigung aus der Art und Weise, wie sie ausgesprochen worden sei, ableiten will. Seine diesbezüglichen tatsächlichen Vorbringen finden im angefochtenen Entscheid keine Stütze, und er präsentiert keine hinreichende Sachverhaltsrüge, die es dem Bundesgericht erlauben würde, den Sachverhalt zu ergänzen. Ohnehin verkennt er, dass Missbräuchlichkeit einer Kündigung während der Probezeit nur sehr zurückhaltend anzunehmen ist.

## **E. 5**

Die Beschwerde ist als offensichtlich unbegründet abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Zuzufolge Aussichtslosigkeit wird das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren abgewiesen ( Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG ). Damit wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 i.V.m. Art. 65 Abs. 4 lit. c BGG ). Eine Entschädigung ist nicht zu sprechen, da der Beschwerdegegnerin mangels Einholung einer Antwort kein entschädigungspflichtiger Aufwand erwachsen ist ( Art. 68 Abs. 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.