

OW_GERICHTE AbR 1992/93 Nr. 8 vom 20. Februar 1992

OW Obergericht, 1992-02-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR 1992_93 Nr. 8](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_1992_93_Nr.8)

FR: OW_GERICHTE AbR 1992/93 Nr. 8 du 20 février 1992

IT: OW_GERICHTE AbR 1992/93 Nr. 8 del 20 febbraio 1992

Regeste

AbR 1992/93 Nr. 8, S. 43: Art. 8 ZGB; Art. 336 Abs. 1 lit. d und 336a Abs. 2 OR An den Beweis der Rache Kündigung dürfen nicht allzu hohe Anforderungen gestellt werden. Es muss genügen, wenn die Rachemotive aufgrund der Indizien als überwiegen

Erwägungen

E. 1

a) Die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, hat der anderen Partei eine Entschädigung auszurichten. Die Entschädigung wird vom Richter unter Würdigung aller Umstände festgesetzt, darf aber den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entspricht. Schadenersatzansprüche aus einem andern Rechtstitel sind vorbehalten (Art. 336a OR). Wer wegen missbräuchlicher Kündigung eine Entschädigung geltend machen will, muss gegen die Kündigung längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist beim Kündigenden schriftlich Einsprache erheben. Ist die Einsprache gültig erfolgt und einigen sich die Parteien nicht über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, so kann die Partei, der gekündigt worden ist, ihren Anspruch auf Entschädigung geltend machen. Wird nicht innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Klage anhängig gemacht, ist der Anspruch verwirkt (Art. 336b OR). Die verfahrensmässigen Voraussetzungen für die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs sind vorliegend unbestritten erfüllt. b) Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht: "a) wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtigt wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb; b) weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt, es sei denn, die Rechtsausübung verletze eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtigt wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb; c) ausschliesslich um die Entstehung von Ansprüchen der anderen Partei aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln; d) weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht; e) weil die andere Partei schweizerischen obligatorischen Militärdienst, Zivildienst, Militärischen Frauendienst oder Rotkreuzdienst leistet oder eine nicht freiwillig übernommene gesetzliche Pflicht erfüllt." (Art. 336 Abs. 1 OR) Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist im weiteren missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird: "a) weil der Arbeitnehmer einem Arbeitnehmersverband angehört oder nicht angehört oder weil er eine gewerkschaftliche Tätigkeit rechtmässig ausübt; b) während der Arbeitnehmer gewählter Arbeitnehmersvertreter in einer betrieblichen oder in einer dem Unternehmen angeschlossenen Einrichtung ist, und der Arbeitgeber nicht beweisen kann, dass er einen begründeten Anlass zur Kündigung hatte." (Art. 336 Abs. 2 OR) Der Kläger beruft sich auf

Art. 336 Abs. 1 lit. d OR. Missbräuchlich ist danach eine Kündigung, wenn sie ausgesprochen wird, weil der Arbeitnehmer einen Anspruch, der ihm gemäss Gesetz oder Arbeitsvertrag gegenüber dem Arbeitgeber zusteht, geltend macht (sog. Rache Kündigung; Botschaft, BBl 1984 II 602). Es ist unbestritten, dass der Kläger seine Ansprüche nach Treu und Glauben geltend machte. Umstritten ist jedoch die Frage, ob zwischen der Geltendmachung der Ansprüche durch den Kläger einerseits und der ausgesprochenen Kündigung andererseits ein Kausalzusammenhang bestehe. Nicht erforderlich ist, dass die Kündigung aufgrund einer gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs erfolgt. Es genügt, dass sie aufgrund der direkten Geltendmachung des Anspruchs beim Arbeitgeber hin erfolgt (Botschaft, BBl 1984 II 602).

E. 2

a) Die negativen Folgen der Beweislosigkeit treffen den Kläger (Art. 8 ZGB), der den rechtsmissbräuchlichen Charakter der Kündigung nachzuweisen hat; vorliegend, dass sie als Reaktion auf die Geltendmachung der Ansprüche erfolgte (Alexandre Berenstein, *La loi sur la résiliation du contrat du travail*, plädoyer 1989, 53). Ein strikter Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen geltend gemachtem Anspruch und der Kündigung dürfte regelmässig kaum zu erbringen sein, es sei denn, der kündigende Teil begehe die Unvorsichtigkeit, die Kündigung so zu begründen. Wie schon der Ausdruck Rache Kündigung zeigt, geht es bei dieser missbräuchlichen Kündigung um einen inneren Vorgang, um Motive, die sich einer direkten Beweisführung von vornherein entziehen. Ein wichtiges Indiz für das Bestehen des Kausalzusammenhangs ist zweifellos der enge zeitliche Zusammenhang zwischen der Geltendmachung von Ansprüchen und der Kündigung (Ronald Pedernana, *Überblick über die neuen Kündigungsbestimmungen im Arbeitsvertragsrecht*, recht 1989, 33 ff., insbesondere 39). Soll die gesetzliche Verpönung der Rache Kündigung nicht einfach illusorisch sein, muss es genügen, dass solche Kündigungsmotive aufgrund der vorhandenen Indizien als überwiegend wahrscheinlich gelten (C. Brunner/J.-M. Bühler/J.-B. Waeber, *Kommentar zum Arbeitsvertrag*, Bern 1990, 166; BJM 1983, 295). b) Anfangs Mai 1990 verlangte der Kläger, dass die Beklagte ihm den 13. Monatslohn für das Jahr 1990 ausrichte, wie sie das auch gegenüber den andern Arbeitnehmern getan hatte. Dies wurde vom Geschäftsinhaber abgelehnt. In der Woche nach Pfingsten (21. -24. Mai 1991) war der Kläger krank. Als er am darauffolgenden Montag, 27. Mai 1991, die Arbeit wieder aufnahm, rund drei Wochen nach der Geltendmachung des Anspruchs auf den 13. Monatslohn, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Begründung, sie sei mit seinem Arbeitseinsatz nicht mehr zufrieden. Wegen des engen zeitlichen Zusammenhangs zwischen der Geltendmachung des Anspruchs und der ausgesprochenen Kündigung besteht eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass die Kündigung in erster Linie wegen der vom Kläger geltend gemachten Ansprüche ausgesprochen wurde. Diesbezüglich fällt insbesondere in Betracht, dass weder die Situation am Arbeitsplatz nach Geltendmachung des Anspruchs durch den Kläger sich irgendwie zugespitzt noch sonst sich etwas ereignet hätte, das die Kündigung just zu diesem Zeitpunkt als plausible Massnahme erscheinen liesse. Bei dieser Sachlage drängt sich der Schluss geradezu auf, dass die Geltendmachung des Anspruchs unmittelbarer Anlass zur Kündigung war. c) Die Beklagte machte demgegenüber geltend, sie habe dem Kläger gekündigt, weil sie mit seinem Arbeitseinsatz "nicht mehr" zufrieden gewesen sei. Mit dieser als Kündigungsmotiv angegebenen Begründung wird nun der Eindruck erweckt, man sei mit dem Kläger zunächst zufrieden gewesen, später aber "nicht mehr", was gerade diesen Umstand als plausibles Kündigungsmotiv erscheinen lässt. Das

Beweisverfahren ergab zwar, dass die Leistungen des Klägers insofern schon immer zu wünschen übrig liessen, als das Arbeitstempo, an jenem der andern Arbeitnehmer gemessen, unbefriedigend war. Indessen wird durch die Zeugenaussagen gerade nicht bestätigt, dass die Arbeitsleistungen des Klägers in dem der Kündigung unmittelbar vorausgegangenem Zeitraum nachgelassen hätten und darum "nicht mehr" befriedigend waren. Dies zeigt nun aber, dass entgegen dem Eindruck, der im Kündigungsschreiben erweckt werden sollte, keineswegs der "nicht mehr" befriedigende Arbeitseinsatz ausschlaggebendes Kündigungsmotiv sein konnte. Allerdings ist nicht auszuschliessen, dass die offenbar seit jeher unbefriedigenden Arbeitsleistungen des Klägers insofern mit ein Grund gewesen sein mochten, dem Kläger zu kündigen, als diesem, hätte es sich um einen vorzüglichen Arbeiter gehandelt, trotz der erhobenen Lohnforderung möglicherweise nicht gekündigt worden wäre.

E. 3

Dabei gilt es nun folgendes zu beachten: Während Art. 336 Abs. 1 lit. c OR die Kündigung, die ausgesprochen wird, um die Entstehung von Ansprüchen der andern Partei aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln, nur dann als missbräuchlich qualifiziert, wenn sie "ausschliesslich" deswegen ausgesprochen wurde, ist die nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR wegen Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis ausgesprochene Kündigung auch dann missbräuchlich, wenn gleichzeitig möglicherweise auch noch andere plausible Motive zur Kündigung bestanden. Dies ergibt sich aus dem Umkehrschluss, verlangt doch Art. 336 Abs. 1 lit. d OR im Gegensatz zu lit. c keine Ausschliesslichkeit des verpönten Motivs (Richard Barbey, *Les nouvelles dispositions du Code des obligations en matière de résiliation du contrat de travail*, Lausanne 1990, 105 f.). Jedoch muss der missbräuchliche Kündigungsgrund die Kündigung zur Hauptsache und wesentlich beeinflusst haben (Max Fritz, *Die neuen Kündigungsbestimmungen des Arbeitsvertragsrechtes*, Handkommentar, Zürich 1988, 23). Die Tatsache, dass der Arbeitseinsatz des Klägers zu wünschen übrig liess und Anlass zu einer ordentlichen Kündigung hätte sein können, ändert daher nichts an der Missbräuchlichkeit der in erster Linie wegen Geltendmachung von Lohnansprüchen ausgesprochenen Kündigung. Es ist zwar richtig, wie die Vorinstanz ausführt, dass die sog. Abmahnung, die im Zusammenhang mit der fristlosen Entlassung von Bedeutung sein kann (BGE 108 II 449, E. c), im Hinblick auf eine ordentliche Kündigung keineswegs erforderlich ist. Immerhin zeigt aber der Umstand, dass der Kläger wegen seiner Arbeitsleistungen während des über ein Jahr dauernden Arbeitsverhältnisses nie abgemahnt wurde, dass diese von der Beklagten toleriert wurden und offenbar so unbefriedigend gar nicht gewesen sein konnten, als dass sie - und nicht die kurz zuvor erfolgte Geltendmachung von Lohnansprüchen - als überwiegend wahrscheinliches Kündigungsmotiv angesehen werden müssten.

E. 4

Eine andere Frage ist, wie hoch die Entschädigung festzusetzen ist, welche die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigte, der andern Partei auszurichten hat. Das Gesetz beschränkt sich darauf, den Maximalbetrag festzusetzen, der dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entspricht. Im übrigen hat der Richter die Entschädigung unter Würdigung aller Umstände festzusetzen (Art. 336a Abs. 2). Wo das Gesetz den Richter auf die Würdigung der Umstände verweist, hat er seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen (Art. 4 ZGB). Der Bundesrat hatte in seinem Entwurf als Strafe für missbräuchliche Kündigung den Lohn von zwölf Monaten als Maximum gefordert (BBl

1984 II, 633 f.). Im Verlaufe der parlamentarischen Beratungen wurde das Höchstmass dann auf sechs Monate gesenkt. In der Literatur wird diesbezüglich die Meinung vertreten, durch die Herabsetzung des Maximums durch den Gesetzgeber auf sechs Monate bleibe für die Gerichte kein Raum mehr, um die Umstände der Kündigung zu würdigen, wenn nicht die pönale Funktion der Entschädigung dahinfallen solle, weshalb der Arbeitgeber gegebenenfalls mit einer Strafe nahe dem Maximum zu rechnen habe (Roland Pedergnana, Überblick über die neuen Kündigungsbestimmungen im Arbeitsvertragsrecht, recht 1989, 41). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Hat der Gesetzgeber das Maximum auf sechs Monate festgesetzt und den Richter dazu verhalten, unter Würdigung aller Umstände, mithin nach Recht und Billigkeit zu entscheiden, wäre es bundesrechtswidrig, die Strafe von vornherein und ohne Würdigung der näheren Umstände auf das Maximum oder in dessen Nähe festzusetzen. Als Umstände, die der Richter im Einzelfall berücksichtigen kann, zählen beispielsweise die soziale Lage und die wirtschaftlichen Möglichkeiten von Kündigendem und Gekündigtem, die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit des Gekündigten, die Enge und die Dauer der früheren arbeitsvertraglichen Beziehungen sowie die Art und Weise, wie das Arbeitsverhältnis gekündigt wurde. Zu beachten wird auch sein, ob sich eine Partei ohne Grund weigert, die vertraglichen Beziehungen fortzusetzen oder wieder aufzunehmen, obwohl sich die andere Partei spontan oder anlässlich eines richterlichen Aussöhnungsversuchs dazu bereit erklärt (Botschaft, BBI 1984 II 601). In bezug auf die zu würdigenden Umstände geben die Akten wenig Aufschluss. Zu berücksichtigen ist, dass die wirtschaftlichen Möglichkeiten des gekündigten Klägers als Asylbewerber kaum sehr gut sein dürften. Auf der andern Seite gilt es zu berücksichtigen, dass das Arbeitsverhältnis insgesamt nur relativ kurze Zeit gedauert hatte. Schliesslich darf auch nicht ausser acht gelassen werden, dass der Arbeitseinsatz des Klägers durchaus Anlass zu Beanstandungen hätte geben können und infolgedessen der Rechtsmissbrauch nicht besonders schwer wiegt. Das Gericht setzt daher die Entschädigung ermessensweise auf Fr. 4'000.-- fest. Die Appellation ist daher teilweise gutzuheissen. de| fr | it Schlagworte kündigung kläger umstände arbeitnehmer weiler monat beklagter arbeitgeber gesetz maximum arbeitsvertrag lohn strafe kausalzusammenhang asylbewerber Mehr Deskriptoren anzeigen Normen Bund ZGB: Art.4 Art.8 OR: Art.336 Art.336a Art.336b Bundesblatt 1984/II/602 Leitentscheide BGE 108-II-449 AbR 1992/93 Nr. 8

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