



<b>Fall-Nr.:</b>	BZ. 2007.65
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	03.01.2008
<b>Entscheiddatum:</b>	03.01.2008

### Entscheid Kantonsgericht, 03.01.2008

**Art. 84 Abs. 2 GerG (sGS 941.1); Art. 3 des Vertrages vom 26.8.1968 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Österreich (SR 0.274.181.631); Art. 234 Abs. 1 ZPO (sGS 961.2); Art. 336 und 336b OR (SR 220). Ob im Berufungsverfahren eine mündliche Verhandlung durchzuführen ist, kommt auf die Eigenheiten des jeweiligen Verfahrens an. Der Beweis für die rechtzeitige Einreichung eines Rechtsmittels obliegt ferner dem Rechtsmittelkläger; es ist das übliche Beweismass des vollen Beweises anzuwenden. Eine von Österreich aus versandte Eingabe muss innert der Rechtsmittelfrist die schweizerische Post erreichen. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass im Verkehr mit Österreich der direkte postalische Verkehr zulässig ist. Zudem ist eine Kündigung wegen einer die Arbeitsleistung beeinträchtigenden Krankheit nach Ablauf des zeitlichen Kündigungsschutzes grundsätzlich zulässig (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 3. Januar 2008, BZ. 2007.65). Das Bundesgericht hat dieses Urteil bestätigt (Urteil 4A\_83/2008 neues Fenstervom 11. April 2008).**

#### Erwägungen

I.

1. A (Kläger) arbeitete seit dem 1. Dezember 2000 bei der B-AG (Beklagte) als Werkzeugmacher (kläg. act. 1). Ende August 2005 erkrankte der Kläger und wurde zu 100% arbeitsunfähig. Nachdem der Kläger ein halbes Jahr krankheitsbedingt arbeitsunfähig war, löste die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 27. Februar 2006 per 30. April 2006 auf (kläg. act. 3); wegen unbestrittener verspäteter Zustellung verlängerte sich die Kündigungsfrist bis 31. Mai 2006.



2. Mit Eingabe vom 3. November 2006 stellte der Kläger vor dem Arbeitsgericht das eingangs erwähnte Rechtsbegehren und machte im Wesentlichen eine Entschädigung wegen rechtsmissbräuchlicher Kündigung geltend. Der Kläger ist der Auffassung, seine gesundheitlichen Beschwerden seien ausschliesslich auf die Arbeitsplatzsituation bei der Beklagten zurückzuführen und daher durch die Beklagte verschuldet (vgl. vi-act. 1, S. 3). Mit Klageantwort vom 15. Dezember 2006 beantragte die Beklagte die Abweisung des Begehrens (vi-act. 7).

Der Arbeitsgerichtspräsident setzte die Verhandlung betreffend Forderung aus Arbeitsrecht auf den 15. Februar 2007 an (vi-act. 9 und 14). Mit Faxeingabe vom 12. Februar 2007 reichte der Kläger eine Replik zur Klageantwort ein und hielt sinngemäss an seinen Rechtsbegehren fest (vi-act. 10), worauf die Verhandlung verschoben wurde. Ebenso hielt die Beklagte mit Duplik vom 26. Februar 2007 an ihren Anträgen fest (vi-act. 16). Trotz des doppelten Schriftenwechsels verlangte der Kläger mit Replik zur Duplik vom 10. April 2007 weiterhin eine mündliche Verhandlung und hielt im Übrigen an seinen Anträgen fest (vi-act. 22), worauf die Beklagte am 16. April 2007 beantragte, dieses Schreiben aus dem Recht zu weisen (vi-act. 24). Am 29. Mai 2007 fand die Verhandlung vor dem Arbeitsgericht statt.

3. Mit Entscheid vom 29. Mai 2007 wies das Arbeitsgericht die Klage ab. Es wurden keine Gerichtskosten erhoben. Der Kläger wurde verpflichtet, die Beklagte für Parteikosten mit Fr. 800.- zu entschädigen. Der Rechtsspruch wurde den Parteien am 1. Juni 2007 schriftlich eröffnet (vi-act. 26), worauf der Kläger am 15. Juni 2007 eine Erklärung einreichte (vi-act. 30). Das begründete Urteil wurde den Parteien am 17. Juli 2007 eröffnet (vi-act. 31).

4. Gegen diesen Entscheid erhob der Kläger mit Fax vom 17. August 2007 und postalisch zugestellter Eingabe (Postaufgabe in Österreich am 20. August 2007) beim Kantonsgericht St. Gallen Berufung (act. B/1 und B/4). Die Beklagte beantragte die Abweisung der Berufung (act. B/8). Am 6. November 2007 wurde den Parteien ein Track and Trace Auszug der eingeschriebenen versandten Berufungsschrift zugestellt. Die Beklagte nahm dazu mit Eingabe vom 7. November 2007 Stellung und beantragte, auf die Berufung sei nicht einzutreten. Der Kläger nahm mit Eingabe vom 22. November



2007 Stellung und legte einen Faxbericht sowie einen Auszug aus dem Postaufgabebuch ins Recht.

Auf die weiteren Vorbringen, soweit wesentlich, wird in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II.

1. Beteiligte, die im Ausland wohnen, haben eine Zustelladresse in der Schweiz zu bezeichnen (Art. 74 Abs. 1 lit. b Gerichtsgesetz St. Gallen; abgek: GerG). Vorausgesetzt ist allerdings eine entsprechende Aufforderung des Gerichts (Art. 74 Abs. 2 GerG). Es steht somit im Ermessen des Gerichts, ob es zur Vereinfachung des Verfahrens eine Zustelladresse verlangen will.

Mit der Republik Österreich hat die Schweiz den direkten Postverkehr vereinbart (Volken, Die internationale Rechtshilfe in Zivilsachen, Zürich 1996, N 33 S. 40; vgl. Art. 1 Abs. 3 des Vertrags vom 26. August 1968 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Österreich zur Ergänzung des Haager Übereinkommens vom 1. März 1954 betreffend Zivilprozessrecht [SR 0.274.181.631]). Eine in den Prozessgesetzen statuierte Pflicht zur Bezeichnung eines Zustellungsbevollmächtigten ist unter diesen Umständen weder sachlich gerechtfertigt noch völkerrechtlich zulässig (Volken, a.a.O., N 17 S. 35). Es wird deshalb darauf verzichtet, vom in Österreich wohnhaften und durch einen österreichischen Anwalt vertretenen Kläger zur Zustellung des Entscheides die Angabe einer Zustelladresse in der Schweiz zu verlangen.

2. Der Kläger beantragt für das Berufungsverfahren eine volksöffentliche mündliche Verhandlung und bringt vor, ein solcher Anspruch ergebe sich unter anderem aus der EMRK (act. B/1, S. 2, Ziff. 2.1; B/12 und B/13, Ziff. 14).

Die st. gallische Zivilprozessordnung sieht im Berufungsverfahren grundsätzlich keine mündliche Verhandlung vor, sondern überlässt es dem Kantonsgericht, eine solche durchzuführen, wenn ihm dies zweckmässig oder zur Wahrung der Parteirechte



geboten erscheint (Art. 234 Abs. 1 ZPO). Es kommt damit auf die Eigenheiten des jeweiligen Verfahrens an (BGE 121 I 30, 35 ff. m.w.H. u.a. auf Urteile des EGMR; Haefliger/Schürmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999, S. 192). Diese Regelung entspricht den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK, wonach eine öffentliche Verhandlung in zweiter Tatsacheninstanz entbehrlich ist, wenn der Fall ohne Beeinträchtigung des Prinzips eines fairen Verfahrens aufgrund der Aktenlage entschieden werden kann und in erster Instanz eine öffentliche Verhandlung durchgeführt wurde (Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., N 118 zu Art. 6 EMRK). Von einer öffentlichen Verhandlung in der Rechtsmittelinstanz kann demnach insbesondere dann aus prozessökonomischen Gründen abgesehen werden, wenn sich vor dieser nur Rechtsfragen stellen oder aber Tatfragen aufgrund der Aktenlage angemessen entscheiden lassen, wenn die Sache von geringer Tragweite ist und sich keine Fragen zur Person oder deren Charakter stellen (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kanton St. Gallen, Bern 1999, N 2a zu Art. 234 ZPO).

Trotz des doppelten Schriftenwechsels fand am 29. Mai 2007 im erstinstanzlichen Verfahren eine öffentliche Verhandlung statt. Aus den Vorbringen des Klägers sind keine Gründe ersichtlich, die eine erneute öffentliche Verhandlung im Berufungsverfahren als notwendig erscheinen lassen. Die sich in der Berufung stellenden Frage, namentlich ob die Berufungsschrift rechtzeitig eingereicht wurde, der Berufungskläger Anrecht darauf hat, dass ein Gutachten zu den Gründen für die behauptete Krankheit eingeholt wird oder die Anfechtung der Kündigung rechtzeitig erfolgte, können aufgrund der Akten entschieden werden. Bei der Frage, ob eine vom Arbeitgeber verschuldete Krankheit zur Folge hätte, dass die Kündigung missbräuchlich wird, handelt es sich ohnehin um eine reine Rechtsfrage. Eine mündliche Verhandlung ist weder zweckmässig noch zur Wahrung der Parteirechte geboten. Das Begehren um eine öffentliche Verhandlung ist demnach abzuweisen. Ein zweiter Schriftenwechsel ist im einfachen und raschen Verfahren (Art. 343 Abs. 3 OR) trotz des Verzichts auf eine mündliche Verhandlung nicht anzuordnen (GVP 2005 Nr. 67).

4. Nach der schriftlichen Eröffnung des vorinstanzlichen Rechtsspruchs am 1. Juni 2007 (vi-act. 26) reichte der Kläger am 15. Juni 2007 eine Erklärung ein und



informierte das Gericht darüber, dass er weder auf ein Rechtsmittel noch auf eine ausführliche Begründung verzichte. Im Weiteren erklärte er sich mit der vorinstanzlichen Kurzbegründung nicht einverstanden (vi-act. 29 und 30).

Nach Art. 164 ZPO sind nachträgliche Eingaben zulässig, wenn sie erhebliche neue Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträge enthalten, die trotz zumutbarer Sorgfalt nicht früher vorgebracht werden konnten oder das rechtliche Gehör es erfordert. Das Gesuch um Zulassung ist innert zehn Tagen, nachdem der Gesuchsteller vom Grund Kenntnis erhalten hat, einzureichen. Werden neue Tatsachen und Beweismittel (zulässigerweise) an einer mündlichen Verhandlung vorgebracht, so muss die Antwort sofort erfolgen. Das Gesetz äussert sich jedoch nicht, bis zu welchem Zeitpunkt im Prozess eine nachträgliche Eingabe zulässig ist. Das Vorbringen neuer Tatsachen im Sinne dieser Bestimmung ist demnach auch nach der Hauptverhandlung zulässig, es ist aber vor der Urteilsfällung vorzubringen (Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O, N 3c f. zu Art. 164 ZPO). Entgegen der Ansicht des Klägers erfüllte die Erklärung vom 15. Juni 2007 diese Voraussetzungen nicht. Sie wurde erst 14 Tage nach Urteilsfällung vorgebracht und daher von der Vorinstanz zu Recht nicht beachtet.

5. Die Prüfung der Rechtsmittelvoraussetzungen namentlich der Rechtzeitigkeit und Formrichtigkeit der Berufungsschrift erfolgt von Amtes wegen (Art. 79 i.V.m. Art. 224 ff. ZPO; vgl auch Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, N 4 vor § 259ff.).

a) Rechtsmittel sind innert bestimmter Fristen einzureichen. Nach Art. 82 GerG beginnt die Frist am Tag, der ihrer schriftlichen Eröffnung folgt und zwar unabhängig davon, ob es sich dabei um einen Samstag oder öffentlichen Ruhetag handelt. Die Frist ist eingehalten, wenn die Eingabe bis 24.00 Uhr des letzten Tages dem Gericht, der schweizerischen Post bzw. einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben wird (Art. 84 Abs. 2 GerG und Art. 12 IPRG; vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., Vorbemerkungen zu N 3d zu Art. 217 ff. ZPO). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt die Aufgabe bei einer ausländischen Poststelle nicht (BGE 97 I 6; 5C.320/2001). Fällt der letzte Tag der Frist auf einen Samstag oder einen öffentlichen Ruhetag, verlängert sie sich bis zum nächsten Werktag (Art. 84 Abs. 1 GerG; Art. 5 des Europäischen Übereinkommens über die



Berechnung von Fristen, SR 0.221.122.3). Der Beweis für die rechtzeitige Einreichung eines Rechtsmittels obliegt dem Rechtsmittelkläger. Es ist das übliche Beweismass des vollen Beweises anzuwenden. Die betreffende Tatsache muss mit Gewissheit feststehen (Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., Vorbemerkungen zu N 3d zu Art. 217 ff. ZPO m.w.H.).

Vorliegend wurde der am 19. Juli 2007 mit eingeschriebener Post versandte Entscheid des Arbeitsgerichts dem Kläger am 20. Juli 2007 zugestellt (vi-act. 32). Die Rechtsmittelfrist begann demnach am 21. Juli 2007 zu laufen und endete am Montag, dem 20. August 2007, da der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag fiel. Der Kläger sandte am Freitag, dem 17. August 2007, um 12:56 Uhr die Berufungsschrift vorab per Fax an das Kantonsgericht (act. B/1). Am Montag, dem 20. August 2007 übergab er die Berufungsschrift der österreichischen Post (act. B/5). Diese postalisch verschickte Eingabe wurde von der Auslandsortierung der schweizerischen Post am 22. August 2007 erfasst (act. B/5 und B/19 [Track & Trace Zustellinformationen]).

b) Unter diesen Umständen kann nicht als bewiesen gelten, dass die postalisch am 20. August 2007 von Österreich aus versandte Eingabe die schweizerische Post innert der Rechtsmittelfrist, das heisst noch am gleichen Tag bis um 24:00 Uhr erreichte. Dies gilt umso mehr als der Kläger selber nicht behauptet, er habe die Sendung am Vormittag oder gar am frühen Morgen aufgegeben, sondern es dabei bewenden lässt zu behaupten, die Aufgabe sei vor 19:00 Uhr erfolgt. Bei gewöhnlichem Lauf der Dinge besteht unter diesen Umständen sogar eine weit überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Eingabe frühestens am nächsten Tag, das heisst am 21. August 2007 die schweizerische Post erreicht hat. Anders ist kaum erklärbar, dass der Brief erst am 22. August 2007 in der Auslandsortierung in Zürich registriert wurde. Der Kläger scheidet damit am Beweis der Rechtzeitigkeit der postalischen Eingabe. Die Eingabe ist als verspätet zu beurteilen. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass im Verkehr mit Österreich der direkte postalische Verkehr zulässig ist. Das völkerrechtliche Abkommen regelt nur die Frage, auf welchem Wege eine Amtsstelle Schriftstücke an Personen im anderen Staat rechtsgültig zustellen darf (Art. 3 Abs. 3 des Vertrags vom 26. August 1968 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Österreich zur Ergänzung des Haager Übereinkommens vom 1. März 1954 betreffend Zivilprozessrecht [SR 0.274.181.631]). Auf Fragen, in welcher Form und innert welcher



Fristen Private Eingaben an die Gerichte zu machen haben, findet es ebenso wenig Anwendung, wie auf die Frage, wann die Rechtswirkungen einer Zustellung bzw. Aufgabe einer postalischen Sendung eintreten. Diese Fragen entscheiden sich weiterhin nach dem innerstaatlichen Prozessrecht.

- c) Unbehelflich ist auch der Hinweis auf Art. 6 EMRK, der ein faires Verfahren vorschreibt. Der vom Kläger zitierte BGE 2A.351/2005 weist keinen ersichtlichen Zusammenhang mit der hier zu beurteilenden Frage auf. Der Gesetzgeber hat im Übrigen, um der Fairness in internationalen Sachverhalten Rechnung zu tragen, die Möglichkeit der Zustellung an ein schweizerisches Konsulat oder eine schweizerische Botschaft vorgesehen (Art. 12 IPRG). Jede im Ausland wohnende Person hat damit die Möglichkeit, durch rechtzeitige Zustellung an eine schweizerische Auslandsvertretung die Frist zu wahren. Damit ist dem Gebot der Fairness genüge getan. Von einer unfairen Behandlung kann unter diesen Umständen keine Rede sein, zumal die Bahnfahrt von Feldkirch (Österreich) nach Bregenz (Österreich), wo sich das nächste schweizerische Konsulat befindet, nur etwa eine halbe Stunde gedauert hätte.
- d) Auf ein verspätetes Rechtsmittel ist grundsätzlich nicht einzutreten. Es ist jedoch zu prüfen, ob die vorgängige Faxeingabe der Berufungsschrift vom 17. August 2007 die Frist wahrt. Schriftliche Eingaben einer Partei an das Gericht sind mit einer eigenhändigen Unterschrift zu versehen, wobei eine bloss kopierte oder elektronisch übermittelte Unterschrift nicht genügt. Da Eingaben per Telefax diese Formvorschrift nicht erfüllen, sind diese grundsätzlich nicht zuzulassen (GVP 2004 Nr. 53 m.w.H.; anders anscheinend im österreichischen Recht: vgl. Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht, 5. Aufl., Wien 2000, N 819). Fehlt eine Originalunterschrift, weil die Klageschrift durch Telefax übermittelt worden ist, bleibt die Verbesserung innerhalb der noch laufenden Rechtsmittelfrist möglich. Die Praxis schliesst hingegen die Ansetzung einer Nachfrist zur Behebung des Mangels aus, weil die Originalunterschrift hier nicht aufgrund eines Versehens fehlt, sondern eine kopierte Unterschrift wissentlich in Kauf genommen wird (Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N 10 zu Art. 161 ZPO). An dieser Rechtssprechung ändert auch das seither in Kraft getretene Bundesgerichtsgesetz nichts, das im Falle der elektronischen Zustellung die Eingabe als rechtzeitig erklärt, wenn der Empfang bei der Zustelladresse des Bundesgerichts vor Fristablauf durch das betreffende Informatiksystem bestätigt worden ist (Art. 48 Abs. 2 BGG). Zum einen



ist der Telefax kein Informatiksystem. Zum anderen verlangt Art. 42 Abs. 4 BGG, dass diesfalls das Dokument - anstelle der eigenhändigen Unterschrift - mit einer anerkannten elektronischen Signatur versehen sein muss (vgl. Bundesgesetz über die elektronische Signatur). Das ist beim Telefax offensichtlich nicht der Fall.

e) Ob vom Gericht gestützt auf das Gebot eines fairen Verfahrens erwartet werden darf, dass es einen Rechtsmittelkläger auf einen offensichtlichen Mangel hinweist, wenn der Mangel noch innert Rechtsmittelfrist behoben werden kann, kann hier offen bleiben.

Die Faxeingabe des Berufungsklägers ging beim Kantonsgericht St. Gallen am Freitag, dem 17. August 2007, um 12:56 Uhr ein und trug das Datum vom 17. August 2007. Aus dem oben links enthaltenen Vermerk "vorab per Fax" war ersichtlich, dass der Rechtsanwalt die Berufungsschrift zusätzlich per Post und mit einer Unterschrift versehen einreichen würde. Es gab deshalb auch keine Anhaltspunkte dafür, dass sich der Rechtsanwalt darauf verlassen könnte, die Frist sei mit der Eingabe per Fax gewahrt. Unter diesen Umständen war vielmehr anzunehmen, der Absender werde vor Ablauf der Frist den Weg vom nahen Feldkirch (Österreich) in die Schweiz antreten und die Berufungsschrift direkt einer schweizerischen Poststelle übergeben oder sie zumindest noch am gleichen Tag in Feldkirch (Österreich) der Post übergeben. Die Frist wäre in beiden Fällen gewahrt gewesen, da die Eingabe nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge am Montag, dem 20. August 2007 zumindest in den Händen der schweizerischen Post, wenn nicht sogar am Gericht in St. Gallen gewesen wäre. Für das Gericht bestand deshalb keine Veranlassung, den Rechtsanwalt aufzufordern, die Eingabe noch innert Frist mit einer Unterschrift zu versehen und einer schweizerischen Post zu übergeben bzw. beim schweizerischen Konsulat in Bregenz einzureichen. Der Rechtsmittelkläger hat es vielmehr selber zu verantworten, dass mit dem bereits im Fax vom Freitag, dem 17. August 2007 um 12:56 Uhr angekündigten postalischen Versand der Berufungsschrift bis am Montag, dem 20. August 2007 vor 19:00 Uhr zugewartet wurde und er nun am Beweis der Rechtzeitigkeit der Berufungseingabe scheitert.

Es bleibt damit dabei, dass die formrichtige Berufungsschrift die schweizerische Post nicht innert Frist erreichte und die Eingabe per Fax die Frist ebenfalls nicht zu wahren



vermochte, weshalb auf die Berufung nicht einzutreten ist. Im Übrigen wäre sie aus folgenden Gründen auch abzuweisen.

III.

1. Vorliegend ist unbestritten, dass die Kündigung wegen Krankheit nach Ablauf der Sperrfrist erfolgte. Der Kläger ist der Auffassung, die Kündigung des Arbeitsverhältnisses sei rechtsmissbräuchlich, weil seine Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit durch die Beklagte verschuldet sei. Der Kläger habe jahrelang unter einer Dachluke im Durchzug arbeiten müssen. Trotz wiederholten Ersuchens habe die Beklagte diese Dachlukenöffnung nicht schliessen lassen und ihm auch keinen anderen Arbeitsort zugewiesen. Bei ihm liege ein Beschwerdebild vor, dessen Kausalität typisch für die Arbeitsplatzsituation bei der Beklagten war (vi-act. 10, S. 3).

a) Der Kläger macht zunächst geltend, es sei unverständlich, dass die Vorinstanz trotz seines Antrages kein entsprechendes Gutachten eingeholt habe, obwohl nur dadurch der rechtsrelevante Sachverhalt ermittelt bzw. festgestellt werden könne. Das Gericht habe nach Art. 343 Abs. 4 OR von Amtes wegen Beweise aufzunehmen. Erst wenn ein Gutachten die medizinische Ursache der Arbeitsunfähigkeit festgestellt habe, lasse sich feststellen, ob die Ursache der Krankheit im Arbeitenmüssen unter der Dachluke lag und seitens des Arbeitgebers verschuldet sei (act. B/1 und B/4 S. 4 und 6).

b) Der Kläger trägt nach Art. 8 ZGB die Beweislast für die Grundlagen der Missbräuchlichkeit, da er aus diesem Sachverhalt bestimmte Ansprüche nach Art. 336a OR ableitet, wobei der Beweisgrad der hohen Wahrscheinlichkeit für den Beweis innerer Tatsachen genügt (Streff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 - 362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, N 16 zu Art. 343 OR). Nach Art. 343 Abs. 4 OR hat der Richter zwar den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Die Untersuchungsmaxime entbindet die Parteien aber nicht von einer aktiven Mitwirkung im Prozess, insbesondere nicht von ihrer grundsätzlichen Behauptungs- und Beweisführungslast. Die Untersuchungsmaxime bewirkt auch keine Umkehr der



Beweislast und die antizipierte Beweiswürdigung wird durch Art. 343 OR nicht ausgeschlossen. Der Anspruch auf Abnahme eines Beweises setzt zudem voraus, dass der beantragte Beweis für die Sachverhaltsabklärung und Beweiswürdigung erheblich ist (BSK OR-I/Portmann, 4. Aufl., Zürich 2007, N 18 zu Art. 343 OR).

c) Vom Kläger wird verlangt, dass er schildert, an welchen Symptomen er leidet und warum die Krankheit von der Arbeit unter der Dachluke stammen soll. Seine Angaben sind in dieser Hinsicht jedoch zu wenig konkret, um einer auch nur minimalen Substanziierungspflicht zu genügen. Vielmehr beschränkt er sich auf die pauschale Behauptung, er leide an Beschwerden, die von der Arbeit unter einer Dachluke stammten. Aus den Beilagen ergibt sich, dass die sechs ärztlichen Zeugnisse im Zeitraum vom 28. August 2005 bis 6. März 2006 die Arbeitsunfähigkeit nur mit allgemeiner Krankheit begründen (bekl. act. 1 - 5). Weder das Schreiben der SUVA vom 24. Mai 2006 (bekl. act. 6) noch das Arztzeugnis vom 5. März 2007 (kläg. act. 6) geben ein genaues Beschwerdebild des Klägers wieder. Letzteres weist aber immerhin ganz allgemein auf Beschwerden im Halswirbelsäulenbereich hin und stellt ohne weitere Begründung fest, dass unter Berücksichtigung des Krankheitsbildes des Klägers seine Beschwerden sicher auf die verübte Tätigkeit zurückzuführen seien. Insgesamt bleibt damit das Beschwerdebild sowie der Zusammenhang zwischen der Krankheit und der Arbeitstätigkeit unter der Dachluke zu wenig substantiiert, um darüber Beweis erheben oder einem Gutachter einen konkreten Auftrag erteilen zu können.

2. Doch selbst wenn ein Gutachten in Auftrag gegeben würde und dieses eine Kausalität bejahen würde, würde dies nichts an einer Abweisung der Klage ändern. Der Vorinstanz wäre nämlich darin zuzustimmen, dass unabhängig vom Grund der Krankheit, die Klägerin nach Ablauf der Sperrfrist zur ordentlichen Kündigung berechtigt war. Für eine Kündigung bedarf es grundsätzlich keiner besonderen Gründe. Missbräuchlich ist sie nur, wenn sie gemäss Art. 336 OR aus unzulässigen Gründen erfolgt. Eine Kündigung wegen einer die Arbeitsleistung beeinträchtigenden Krankheit nach Ablauf des zeitlichen Kündigungsschutzes ist gemäss Rechtsprechung und Lehre grundsätzlich zulässig (BGE 123 III 255; BSK OR-I/ Portmann, N 6 zu Art. 336 OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 5 zu Art. 336 m.w.H.). Rechtsmissbräuchlich ist eine Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist nur in zwei Fällen: Eine Kündigung darf zum einen nicht wegen einer Eigenschaft erfolgen, 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 (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR). Zum anderen ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird, um die Entstehung von Ansprüchen der anderen Partei aus dem Arbeitsverhältnis zu vereiteln (Art. 336 Abs. 1 lit. c OR; vgl. Geiser, Kündigungsschutz bei Krankheit, AJP 5/96, S. 550 ff, S. 555).

Der Kläger vertritt die Ansicht, die Vorinstanz habe entgegen der ständigen Judikatur unberücksichtigt gelassen, dass nach Ablauf der Sperrfrist die Kündigung auch dann rechtsmissbräuchlich sei, wenn der Arbeitgeber die Krankheit verschuldet habe. Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen. Es gibt zwar Lehrmeinungen, welche die Auffassung vertreten, eine Kündigung wegen Krankheit sei missbräuchlich, wenn der Arbeitgeber den Ausbruch der Krankheit zu verantworten habe (Geiser, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, BJM, S. 169 ff, Ziff. 3.8). Diese Ansicht verkennt jedoch, dass dem Schutz des Arbeitnehmers vor den Folgen eines berufsbedingten Unfalls oder einer Krankheit nach Ablauf des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes durch das Sozialversicherungsrecht Rechnung getragen wird. Insbesondere sind nach Art. 9 UVG Berufskrankheiten versichert, wenn die Krankheit bei der beruflichen Tätigkeit ausschliesslich oder vorwiegend durch schädigende Stoffe oder bestimmte Arbeiten verursacht worden ist. Weiter bestehen im Falle der Invalidität die Auffangnetze der IV und aus der beruflichen Vorsorge. Zudem kann ein Arbeitnehmer, dessen Gesundheit durch die schuldhaftige Verletzung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers beeinträchtigt wurde, Schadenersatz fordern (Streiff/von Kaenel, N 16 zu Art. 328 OR), wobei das Verschulden des Arbeitgebers beim Nachweis der übrigen Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht, vermutet wird. Es besteht demnach weder eine rechtliche Grundlage für die Annahme einer missbräuchlichen Kündigung noch ein rechtspolitisches Bedürfnis nach einer Ausdehnung des Kündigungsschutzes im Falle einer vom Arbeitgeber verschuldeten berufsbedingten Krankheit. Die Berufung wäre daher auch aus diesem Grunde abzuweisen.

3. Im Übrigen ist der Vorinstanz auch darin zuzustimmen, dass die vom Kläger gemachte Entschädigungsforderung ohnehin daran scheitern würde, dass er gegen die Kündigung nicht rechtzeitig Einsprache erhoben hatte.



Die form- und fristgerechte Einsprache gegen die missbräuchliche Kündigung ist Voraussetzung für eine Entschädigung nach Art. 336 und 336a OR. Nach Art. 336b OR muss die schriftliche Einsprache spätestens bis zum Ablauf der Kündigungsfrist erfolgen. Andernfalls ist der Anspruch auf Entschädigung verwirkt. Wie die Kündigung ist die Einsprache eine empfangsbedürftige Willenserklärung und damit erst wirksam, wenn sie der Gegenpartei zugegangen ist. Massgebend ist, wie für die Einhaltung der Kündigungsfristen und -termine, der Zeitpunkt des Zugangs und nicht die für die Zustellung von gerichtlichen Urkunden und die Einreichung behördlicher Eingaben entwickelten Grundsätze (Stahelin, Zürcher Kommentar, Art. 331- 355, 3. Aufl., Zürich 1996, N3 zu Art. 336b und N 11 ff. zu Art. 335 m.w.H.). Es genügt, wenn die Einsprache in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, so dass bei Annahme gewöhnlicher Verhältnisse damit gerechnet werden kann, dass der Empfänger die Erklärung wahrnimmt. Dies ist z.B. der Fall, beim Einwurf in den Briefkasten des Empfängers zu einer Zeit, da mit dessen Leerung gerechnet werden darf (BGE 118 II 42, 44). Die zeitlichen und örtlichen Voraussetzungen des Kündigungs- bzw. Einspracheeingangs lassen sich auch auf Schreiben per E-Mail, Fax oder SMS übertragen. Die Einsprache ist dann zugestellt, sobald sie vom Empfänger zur Kenntnis genommen wurde oder in seinen Zugriffsbereich gelangt ist und von ihm erwartet werden darf, dass er auch auf das entsprechende Kommunikationsmedium greift (Streiff/von Kaenel, N 5 zu Art. 335 OR). Umgekehrt gilt die Willenserklärung erst am Folgetag zugestellt, wenn sie nach Geschäftsschluss in einem Geschäftsbriefkasten oder nach der Postzustellung in einen Privatbriefkasten gelegt wird. Das Risiko des verspäteten Zugangs trägt der Absender (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 5 f. zu Art. 335 OR; Stahelin, a.a.O., N 13 zu Art. 335 OR).

Vorliegend erhob der Kläger mit Telefax vom 31. Mai 2007 um 18.16 Uhr Einsprache gegen die Kündigung (kläg. act. 4) und damit am letzten Tag der Kündigungsfrist aber ausserhalb der üblichen Bürozeiten. Der Kläger musste daher damit rechnen, dass die Beklagte erst am Folgetag Kenntnis von der Einsprache erhält. Demnach ist die Einsprache zu spät erfolgt und der Anspruch auf eine Entschädigung aus Art. 336b OR verwirkt.

4. Im Weiteren rügt der Kläger, dass ihm die Vorinstanz wegen mutwilliger Prozessführung Parteikosten auferlegte. Auch diese Rüge wäre, wenn auf die Berufung eingetreten werden könnte, unbegründet.



Nach Art. 343 Abs. 3 OR dürfen den Parteien Kosten und Gebühren des Gerichts nur bei mutwilliger Prozessführung (u.a. wegen Verlängerung der Verfahrensdauer gegen Treu und Glauben) auferlegt werden. Das Bundesrecht schliesst jedoch nicht aus, dass Anwaltskosten oder Parteientschädigungen zugesprochen werden (BSK-OR I/ Portmann, N 15 zu Art. 343 OR; Staehelin, a.a.O., N 29 zu Art. 343 OR m.w.H.). Das kantonale Recht beschränkt den Ersatz von Anwalts- oder Parteikosten grundsätzlich auf erhebliche Reiseauslagen (Art. 269 Abs. 1 lit. b ZPO). Bei mutwilliger Prozessführung im Sinne von Art. 343 Abs. 3 OR können hingegen höhere Parteientschädigungen zugesprochen werden (Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N 3b zu Art. 269 ZPO).

Die Vorinstanz begründet ihren Kostenentscheid damit, dass der Kläger trotz des im Arbeitsrechts vorgeschriebenen einfachen und raschen Verfahrens (Art. 343 Abs. 1 OR) auf einen doppelten und überdies unnötigen Schriftenwechsel und einer mündlichen Verhandlung beharrte, was den vorhersehbaren Aufwand massiv erhöhte. Der beklagtische Rechtsvertreter sei daher vom Klägeranwalt verursachten zusätzlichen Aufwendungen zu entschädigen (Urteil, Ziff. 7). Dies ist nicht zu beanstanden. Nach Art. 176 lit. c ZPO wird im einfachen Verfahren vor Arbeitsgericht nur ausnahmsweise ein doppelter Schriftenwechsel durchgeführt, da der Hauptakzent des Verfahrens bei der mündlichen Verhandlung liegt (Leuenberger/Uffer-Tobler, N 1a zu Art. 176 ZPO). Indem der Kläger, trotz seinem Beharren auf einer mündlichen Verhandlung, an Schranken nur auf seine Klageschrift verwies, ohne weitere Ausführungen zu machen und zudem versuchte, seine rechtlichen Ausführungen erst nach Urteilsfällung einzubringen (Urteil, Ziff. 3), hat er mit seiner Vorgehensweise das Verfahren ungebührlich verzögert und den Aufwand des beklagischen Anwalt unnötig erhöht. Unter diesen Umständen ist eine Parteientschädigung gerechtfertigt und die Berufung wäre auch in diesem Punkt abzuweisen.

-----