



<b>Fall-Nr.:</b>	BZ.2007.1
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	21.08.2007
<b>Entscheiddatum:</b>	21.08.2007

### Entscheid Kantonsgericht, 21.08.2007

**Art. 335b und 336 OR (SR 220). Der Kerngehalt des sachlichen Kündigungsschutzes gegen missbräuchliche Kündigungen gilt auch während der Probezeit. Ein die Missbräuchlichkeit der Kündigung erfüllender Tatbestand stellt das widersprüchliche Verhalten des Arbeitgebers dar, der seinem Arbeitnehmer die Ausübung einer anderen Tätigkeit erlaubt, ihn jedoch anschliessend wegen der Ausübung genau dieser Tätigkeit entlässt. Es kann sich dabei um eine Tätigkeit handeln, die keinen Erwerbscharakter aufweist, aber (z. B. bei Teilzeitbeschäftigungen und wenn das Vertrauen des Arbeitnehmers in die Teilzeitarbeit zu schützen ist) auch um solche, welche ebenfalls auf Erwerb ausgerichtet sind (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 21. August 2007, BZ.2007.1). Das Bundesgericht hat dieses Urteil bestätigt (Urteil 4A\_385/2007 neues Fenster vom 28. November 2007).**

Erwägungen

I.

1. a) Am 1. Mai 2006 unterzeichneten die Parteien einen Arbeitsvertrag und trat der Kläger bei der Beklagten eine Arbeitsstelle als Facharzt für Anästhesie mit einem Pensum von 80% an (kläg. act. 3). Das Pensum war auf 80% begrenzt, weil bei der Beklagten Operationen nur von Montag bis Donnerstag angesetzt werden, man folglich am Freitag keinen Narkosearzt benötigt (vi-act. 1, S. 2 Ziff. III/2; diese Behauptung ist in der Folge unbestritten geblieben). Am 15. Mai 2006 fand zwischen dem Kläger und dem Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten, A, eine Besprechung statt.



b) Mit E-Mail vom 16. Mai 2006 (kläg. act. 5) teilte der Kläger der Beklagten mit, er wolle nicht, dass sein Name auf einem geplanten Inserat verwendet werde, mit welchem der Aufbau einer Schmerzklinik beworben werden sollte. Der Kläger führte aus, er halte das Inserat zum jetzigen Zeitpunkt für verfrüht und kontraproduktiv, die Chance für einen späteren geordneten Aufbau einer Schmerzklinik werde vertan. Die überstürzte Ankündigung einer neuen Dienstleistung komme einem Hüftschuss gleich und sei unangebracht. Der Kläger schlug vor, zuerst ein klares Betriebskonzept zu erarbeiten, und erklärte sich bereit, sofern alle Beteiligten an geordneten Strukturen interessiert seien und konstruktiv Hand böten, beim Neubeginn tatkräftig mitzuwirken. Weiter erwähnte der Kläger in dieser E-Mail, dass anlässlich seines Anstellungsgesprächs für die Anästhesiestelle mit B vereinbart worden sei, dass die Eröffnung des Schmerzzentrums auf September 2006 geplant werde, wenn der Vertrag mit Dr. C auslaufe. Der Kläger wies ferner darauf hin, dass sein Status als Belegarzt und die finanziellen Aspekte einer detaillierten vertraglichen Regelung bedürften, bevor er seinerseits Inserate in die Zeitung setze.

c) Mit Schreiben vom 22. Mai 2006 (kläg act. 6) teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass der Arbeitsvertrag mit ihm auf den 31. Mai 2006 aufgelöst werde. Der Verwaltungsratspräsident führte im Schreiben aus, er habe sich vorgestellt, dass der Kläger neben seiner 80% Tätigkeit als Anästhesiearzt die Schmerztherapie in einer 20% Tätigkeit in der Klinik und für die Belegärzte übernehmen werde. Leider habe er nach einer Sitzung mit Dr. D und Dr. E feststellen müssen, dass der Kläger mit der Vorgehensweise sowie dem Zeitpunkt des Beginns der Schmerztherapie nicht einverstanden sei. Da man nicht die Zeit habe, noch einige Monate zu warten, und im Juni [2006] mit der Schmerztherapie starten möchte, denke er [der Verwaltungsratspräsident], dass die Stelle nicht den Vorstellungen der Parteien entspreche und man sich daher für eine andere Lösung entschieden habe.

2. a) Am 14. Juli 2006 erhob der Kläger Klage beim Arbeitsgericht (vi-act. 1) und verlangte eine Entschädigung von zwei Monatslöhnen nebst Zins wegen missbräuchlicher Kündigung. Im Wesentlichen machte der Kläger geltend, die Beklagte habe sich mit der Kündigung an ihm rächen wollen, weil er sich geweigert habe, seine Arbeitstätigkeit innerhalb der Klinik innert kürzester Frist auszubauen (vi-act. 1, S. 5),



## St.Galler Gerichte

sowie weil er sich geweigert habe, auf dem geplanten Inserat der Beklagten zu erscheinen (vi-act. 1, S. 6).

b) Mit Klageantwort vom 28. August 2006 (vi-act. 5) führte die Beklagte aus, die Kündigungsfreiheit während der Probezeit sei gross und der sachliche Kündigungsschutz finde nur restriktiv Anwendung, die Probezeit sei gerade dazu da, dass man sich kennen lerne und, für den Fall dass dieses Kennenlernen zu keinem positiven Ergebnis führe, sich innert der Probezeit wieder trennen könne (vi-act. 5, S. 5 f.). Weiter bestritt die Beklagte, dass es sich um eine Rachekündigung gehandelt habe (vi-act. 5, S. 6 ff.).

c) Am 31. Oktober 2006 fand vor dem Arbeitsgericht eine Verhandlung statt, zu welcher sowohl der Kläger als auch die Geschäftsführerin der Beklagten anwaltlich vertreten erschienen (Urteil, 2). Der Urteilsspruch mit Kurzbegründung wurde den Parteivertretern am 8. November 2006 zugestellt (vi-act. 9). Am 9. November 2006 verzichtete die Beklagte auf die ausführliche Begründung des Urteils (vi-act. 10), wogegen der Kläger mit Schreiben vom 13. November 2006 (vi-act. 11) eine solche ausdrücklich verlangte. Der Entscheid wurde am 5. Dezember 2006 an die Parteien versandt.

In seinem Entscheid vom 31. Oktober 2006 erwog das Arbeitsgericht, dass der sachliche Kündigungsschutz während der Probezeit nur zurückhaltend Gültigkeit beanspruchen könne (Urteil, 3 f.), und dass die Beklagte dem Kläger gekündigt habe, weil sich während der Probezeit gezeigt habe, dass die Parteien hinsichtlich der Organisation der Schmerztherapie unterschiedliche Auffassungen vertraten und sich die Beklagte deswegen veranlasst sah, ihre Ideen und zeitlichen Vorstellungen in Abweichung von den Vorstellungen des Klägers zu verwirklichen. Die Vorinstanz folgerte daraus, dass es den Parteien während der Probezeit nicht gelang, ein Vertrauensverhältnis aufzubauen und eine gemeinsame Marschrichtung festzulegen. In einem solchen Fall müsse der Beklagten die Ausübung des ihr zustehenden Kündigungsrechts während der Probezeit zugestanden werden. Demzufolge erkannte das Arbeitsgericht in der ausgesprochenen Kündigung keine Missbräuchlichkeit und sprach dem Kläger keine Entschädigungszahlung zu (Urteil, 4 f.)



3. a) Gegen diesen Entscheid erhob der Kläger am 5. Januar 2007 Berufung beim Kantonsgericht und beantragt, der Entscheid der Vorinstanz sei aufzuheben und es sei ihm eine Entschädigung im Umfang von Fr. 26'800.- nebst Zins zuzusprechen.

Die Beklagte beantragt mit ihrer Berufungsantwort vom 13. Februar 2007, die Berufung sei abzuweisen.

b) Mit Beweisbeschluss vom 14. Mai 2007 beschloss die III. Zivilkammer, B als Zeugin, evtl. als Partei, zum Inhalt des Vorstellungsgesprächs des Klägers bei der Beklagten zu befragen (act. B13). B wurde mit Schreiben vom 29. Mai 2007 vorgeladen (act. B14). Die Einvernahme von B als Partei erfolgte am 19. Juni 2007 durch den das Verfahren leitenden Vizepräsidenten und den Gerichtsschreiber (act. B17). Kläger und Beklagte nahmen zum Ergebnis dieser Einvernahme mit Beweismündigungseingaben vom 6. Juli 2007 respektive 19. Juli 2007 Stellung (act. B19 und B22).

c) Mit Schreiben vom 30. Juli 2007 wurde den Parteien ein gerichtlicher Vergleichsvorschlag unterbreitet (act. B25 und B26). Dieser wurde vom Kläger am 4. August 2007 unterzeichnet (act. B27). Die Beklagte teilte mit Schreiben vom 13. August 2007 mit, sie akzeptiere den Vergleich nicht (act. B30).

II.

Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der Prozessvoraussetzungen (Art. 79, 224 Abs. 1 lit. b, 229 ZPO; Art. 82 GerG) ergibt, dass diese erfüllt sind.

Auf die Berufung ist einzutreten.

III.

1. Der Kläger macht geltend, die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung während der Probezeit sei in dem Sinne missbräuchlich, dass sachliche Kündigungsschutzbestimmungen missachtet worden seien (Berufung, 5 f.).



a) Die materiellen Vorschriften zum sachlichen Kündigungsschutz finden sich in Art. 336 OR. Diese Bestimmung zählt enumerativ acht Kündigungsbeweggründe auf und bezeichnet diese ausdrücklich als missbräuchlich (STAEHELIN, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Teilband V 2c, Der Einzelarbeitsvertrag, Besondere Einzelarbeitsverträge, Art. 331-355, 3. Aufl., Zürich 1996, Art. 336 N 1; NORDMANN, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, Diss. Basel 1998, 49). Damit wird eine Konkretisierung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes von Treu und Glauben vorgenommen (STREIFF/VON KÄNEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 336 N 2). Die Aufzählung der Missbrauchstatbestände in Art. 336 OR ist nicht abschliessend, wobei auch die weiteren, ungeschriebenen Missbrauchstatbestände vom Unrechtsgehalt her mit den ausdrücklich aufgeführten vergleichbar sein müssen (BGE 132 III 115 E. 2.1 S. 116; STREIFF/VON KÄNEL, Art. 336 N 3; STAEHELIN Art. 336 N 7; REHBINDER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI Obligationenrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband Der Arbeitsvertrag (Art. 319-361), 2. Abschnitt Kommentar zu Art. 331-355, Bern 1992, Art. 336 N 10; HUMBERT, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Winterthur 1991, 63; NORDMANN, 50).

b) Im vorliegenden Fall ist zwischen den Parteien strittig, unter welchen Umständen eine Kündigung auch während der Probezeit in den Schutzbereich des sachlichen Kündigungsschutzes von Art. 336 OR fällt, sowie ob die durch die Beklagte ausgesprochene Kündigung missbräuchlich ist (Berufung, 5 ff.; Berufungsantwort, 2 f.).

c/aa) Die Kündigung während der Probezeit ist, was die Kündigungsfristen anbelangt, in Art. 335b OR geregelt. Erst nach Ablauf der Probezeit beginnt der gesetzliche Kündigungsschutz gegenüber Kündigungen zur Unzeit (vgl. den Wortlaut von Art. 336c und 336d OR: "Nach Ablauf der Probezeit..."). Hingegen ist dem Gesetzeswortlaut nicht ausdrücklich zu entnehmen, ob der Schutz gegen sachlich missbräuchliche Kündigungen nach Art. 336 OR auch für Kündigungen während der Probezeit gilt oder nicht (REHBINDER, Art. 335b N 7). Mangels Ausschlusses der Probezeit wie in Art. 336c und 336d OR folgt aus der systematischen Stellung von Art. 336 OR, dass dieser für sämtliche ordentlichen Kündigungen gilt (REHBINDER, Art. 335b N 7; STAEHELIN,



Art. 335b N 8, Art. 336 N 5; PEDERGNANA, Überblick über die neuen Kündigungsbestimmungen im Arbeitsvertragsrecht, in: recht 1989, 33 ff., 36; Urteil des Tribunal des Prud'hommes de Genève vom 7. November 1989, in: JAR 1990, 240; Urteil des Tribunale d'appello del Cantone Ticino vom 5. August 2002, in: JAR 2003, 279). Nach HUMBERT ergibt sich die Anwendbarkeit des sachlichen Kündigungsschutzes während der Probezeit neben der Systematik auch aus dem Sinn und Zweck des Verbotes der missbräuchlichen Kündigung, nämlich die Vertragsparteien jederzeit vor einer missbräuchlichen Kündigung zu schützen (HUMBERT, 64, Hervorhebung hinzugefügt). Im Probearbeitsverhältnis ist nach Art. 335b OR lediglich die Kündigungsfrist verkürzt; andere Besonderheiten sieht das Gesetz nicht vor (REHBINDER, Art. 335b N 7). Der sachliche Kündigungsschutz gegen missbräuchliche Kündigungen beginnt m. a. W. also bereits mit Vertragsabschluss, nicht erst mit dem Ablauf der Probezeit (REHBINDER, Art. 336 N 2; STAEHELIN, Art. 335b N 8; STREIFF/VON KÄNEL, Art. 335b N 9, Art. 336 N 19).

bb) Ein Teil der Lehre will den sachlichen Kündigungsschutz während der Probezeit nur in beschränktem Mass gelten lassen (STREIFF/VON KÄNEL, Art. 335b N 9; TROXLER, Sachlicher Kündigungsschutz bei Kündigungen während der Probezeit?, in: SJZ 88 (1992), 366 ff.). Begründet wird dies damit, dass die Kündigungsfreiheit gerade in der Probezeit, während der die Parteien sich kennen lernen und die Chance für eine langfristige positive Arbeitsbeziehung ausloten können sollen, gross sei (STREIFF/VON KÄNEL, Art. 335b N 9). Auch TROXLER argumentiert dahingehend, dass während der Probezeit grundsätzlich unbelastete Entscheidungs- und Handlungsfreiheit gelte, was die Parteien eines Arbeitsvertrages bewusst in Kauf nähmen. Bereits dieses Argument vermag jedoch nicht zu überzeugen. Erstens steht es nicht wenigen Menschen rein faktisch nicht frei, ob sie einen Arbeitsvertrag abschliessen möchten oder nicht; ihre Freiheit beschränkt sich im Wesentlichen auf die Auswahl des Vertragspartners. Zudem ist es auch verfehlt zu argumentieren, die Parteien nähmen die Probezeitregelung bewusst in Kauf, handelt es sich dabei doch um eine zwingende gesetzliche Bestimmung.

TROXLER versteht die Probezeit als einen grundlegenden Vorbehalt gegenüber einem an sich verbindlich geschlossenen Arbeitsvertrag; der Vertrauensschutz in den Bestand des Vertrages werde auf einen späteren Zeitpunkt verschoben. Dass einer Kündigung



während der Probezeit unter Umständen Willkür anhafte und sie insbesondere auch aus den in Art. 336 OR erwähnten Gründen motiviert sein könne, sei eine Rechtslage, welche durch das Institut der Probezeit geradezu provoziert, von der Rechtsordnung jedenfalls in Kauf genommen werde. Dieser Auffassung hat sich auch die Vorinstanz angeschlossen (Urteil, 3). Nach TROXLER präferiert die Rechtsordnung (zu Lasten des Grundsatzes von Treu und Glauben) die Vertragsfreiheit (TROXLER, 366 f.). TROXLER kommt zum Schluss, es widerspreche dem Institut der Probezeit, wenn der auf einen späteren Zeitpunkt verschobene Vertrauens- und Bestandesschutz trotzdem bereits wirksam wäre; das Institut der Probezeit würde dadurch sinnentleert (TROXLER, 368).

Selbst TROXLER plädiert aber nicht für einen generellen Ausschluss des sachlichen Kündigungsschutzes während der Probezeit, sondern spricht sich für eine Differenzierung hinsichtlich der verschiedenen Kündigungsgründe aus, wobei er im Falle der Kündigung nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR (Kündigung, weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag geltend macht) auf den Handlungsunwert der Kündigung abstellen will. Sei der Handlungsunwert der gleiche wie bei einem definitiven Arbeitsverhältnis, so verdiene auch das Arbeitsverhältnis während der Probezeit den sachlichen Kündigungsschutz (TROXLER, 368 f.). Schlussendlich kommt es also nach TROXLER bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Kündigung während der Probezeit auf eine Wertung des Rechtsanwendenden an.

cc) Ein anderer Teil der Lehre trifft keine Unterscheidung zwischen dem sachlichen Kündigungsschutz während und nach der Probezeit (STAEHELIN, Art. 335b N 8, Art. 336 N 5; REHBERG, Art. 335b N 7, Art. 336 N 2, HUMBERT, 64; NORDMANN, 49).

dd) Nach dem Bundesgericht soll das Institut der Probezeit den Vertragsparteien Gelegenheit zur gegenseitigen Erprobung ihrer Zusammenarbeit einräumen, wenn sie sich auf unbestimmte Zeit zur Zusammenarbeit verbinden wollen (Urteil des Bundesgerichtes 4C.278/203 vom 5. November 2003, E. 2.1; Urteil des Bundesgerichtes 4C.45/2004 vom 31. März 2004, E. 3.1).

d) Es ist in der Tat so, dass das Institut der Probezeit mit dem Institut des Kündigungsschutzes auf den ersten Blick in einem gewissen Widerspruch steht.



Während ersteres dem Konzept nach von einer weitgehenden Vertrags(auflösungs)freiheit ausgeht, stellt letzteres den gültig zustande gekommenen Arbeitsvertrag unter einen gewissen Bestandesschutz (wobei aber auch dort vom Grundsatz der Kündigungsfreiheit auszugehen ist und eine Kündigung nur ausnahmsweise missbräuchlich ist). Dieser Widerspruch lässt sich auch dann nicht vollständig ausräumen, wenn mit der überzeugenderen Mehrheitsmeinung gemäss der systematischen Stellung von Art. 336 OR und in Anbetracht des Wortlautes von Art. 336c und 336d OR angenommen wird, dass der Kündigungsschutz während der Probezeit nur in zeitlicher (nicht aber sachlicher) Hinsicht beschränkt sei. Das Bundesgericht (vgl. oben 1c/dd) räumt den Parteien das Recht ein, den gültig zustande gekommenen Arbeitsvertrag während der Probezeit aus sachlichen Gründen erleichtert (aber nicht missbräuchlich) wieder aufzulösen.

Somit ist Art. 336 OR für Kündigungen während der Probezeit dahingehend einschränkend auszulegen, dass den Parteien eine gewisse Freiheit eingeräumt werden muss, einen schon wirksam gewordenen Vertrag auch aus Gründen aufzulösen, welchen ein gewisses Willkürelement anhaftet. Die Auslegung darf jedoch nicht soweit gehen, dass der Kerngehalt des sachlichen Kündigungsschutzes, wie er in Art. 336 OR statuiert wird, während der Probezeit gänzlich unbeachtlich wäre. Auch während der Probezeit sind die Parteien nicht grenzenloser Willkür ausgesetzt; der Arbeitsvertrag zeitigt seine Rechtswirkungen schon während der Probezeit, was auch auf die sachlichen Kündigungsgründe nicht ohne Auswirkungen bleiben darf. Es erscheint als gerechtfertigt, während der Probezeit dem Grundsatz der Kündigungsfreiheit mehr Gewicht zu verleihen als bei einem schon längere Zeit etablierten Arbeitsverhältnis, jedoch darf auch dem während der Probezeit Gekündigten ein sachlicher Kündigungsschutz nicht von vornherein verwehrt werden.

Inwiefern eine während der Probezeit ausgesprochene Kündigung gestützt auf Art. 336 OR als missbräuchlich zu qualifizieren ist, lässt sich letztendlich (wie auch bei einer solchen nach Ablauf der Probezeit) nicht generell und abstrakt, sondern immer nur im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände beurteilen. Der Richter hat die der Kündigung zugrunde liegenden Motive und Umstände, die Interessen der Parteien sowie die Tatsache, dass sich das zwischen den Parteien abgeschlossene Arbeitsverhältnis noch in einer Probezeit befindet, im Einzelfall sorgfältig zu gewichten



und gegeneinander abzuwägen. Im Ergebnis kommt man somit (zumindest im Fall der Kündigung, weil die andere Partei aus Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend gemacht hat) wie TROXLER zum Schluss (TROXLER, 369), dass die Annahme der Missbräuchlichkeit auch während der Probezeit von Wertungsgesichtspunkten abhängt.

2. a) In einem nächsten Schritt ist somit zu prüfen, ob die durch die Beklagte während der Probezeit ausgesprochene Kündigung gegen einen Missbrauchstatbestand von Art. 336 OR oder gegen einen ungeschriebenen Missbrauchstatbestand verstösst (vgl. oben 1a). Es ist dabei zu beachten, dass den Arbeitnehmer, im vorliegend zu beurteilenden Fall den Kläger, die Beweislast sowohl für das Vorliegen eines Missbrauchstatbestandes wie auch für dessen Kausalität für die Kündigung trifft. Da es sich dabei in der Regel aber um innere Vorgänge beim Kündigenden handelt, kann vom Gekündigten kein strikter Beweis verlangt werden, würde er doch sonst regelmässig in einen Beweisnotstand geraten, welcher die Wirksamkeit von Art. 336 OR ausschliessen würde. Nach Gerichtspraxis genügt für innere Tatsachen der Beweisgrad der hohen Wahrscheinlichkeit (BGE 125 III 277 E. 3c S. 285; STREIFF/VON KÄNEL, Art. 336 N 16 m. w. H.; REHBINDER, Art. 336 N 11; STAEHELIN, Art. 336 N 36). Die hohe Wahrscheinlichkeit kann sich aus Indizien ergeben, beispielsweise aus dem engen zeitlichen Zusammenhang ohne andere plausible Kündigungsgründe oder aus dem Verhalten des Arbeitgebers (STREIFF/VON KÄNEL, Art. 336 N 16 m. w. H.; REHBINDER, Art. 336 N 11; STAEHELIN, Art. 336 N 36).

b) In seiner Berufungsschrift macht der Kläger geltend, ihm sei gekündigt worden, weil er sich geweigert habe (respektive weil es ihm nicht möglich gewesen sei), rund zwei Wochen nach Aufnahme seiner Tätigkeit bei der Beklagten und innerhalb von zwei Wochen, zusätzlich zu seinem 80% Pensum als unselbständig tätiger Anästhesiearzt, eine selbständige Tätigkeit im Umfang von 20% als Belegarzt im Bereich des von der Beklagten geplanten Schmerzzentrums aufzunehmen (Berufung, 4). Dasselbe hatte der Kläger vor der Vorinstanz vorgebracht (vi-act. 1, S. 5 f.). Dort hatte er zusätzlich gerügt, ihm sei gekündigt worden, weil er sich geweigert habe, auf einem von der Beklagten geplanten Inserat mit seinem Namen für die geplante Schmerzklinik zu werben (vi-act. 1, S. 6). Dieses Argument wird in der Berufung nicht mehr vorgebracht.



In seiner Berufungsantwort macht der Beklagte geltend, die Kündigung sei ausgesprochen worden, weil sich die Parteien hinsichtlich des Aufbaus und der Organisation der Schmerztherapie nicht hätten einigen können beziehungsweise unterschiedliche Auffassungen vertreten hätten (Berufungsantwort, 2).

c) Aus dem Kündigungsschreiben vom 22. Mai 2006 (kläg. act. 6) geht hervor, dass dem Kläger gekündigt wurde, weil über die Vorgehensweise und den Zeitpunkt des Beginns der Schmerztherapie keine Einigung bestand. Als gewichtigeres Element erscheint dabei der temporale Aspekt, wird doch im zweiten Absatz des Schreibens vom 22. Mai 2006 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass man seitens der Beklagten "leider nicht die Zeit habe, noch einige Monate zu warten und wir [die Beklagte] im Juni [2006] mit der Schmerztherapie starten möchten" (kläg. act. 6). Angesichts der Deutlichkeit der Begründung der Kündigung muss es als erwiesen betrachtet werden, dass dem Kläger gekündigt wurde, weil er sich weigerte oder nicht in der Lage war, zusätzlich zur vertraglich vereinbarten unselbständigen Tätigkeit mit einem Pensum von 80% eine (selbständige) Tätigkeit im Umfang von 20% bei der Beklagten auszuüben respektive bei ihr im Rahmen dieser Tätigkeit Dienstleistungen anzubieten. Dem in der Klageantwort (vi-act. 5, S. 9 f.) aufgeführten, in der Berufungsantwort aber nicht mehr erwähnten "weiteren Kündigungsgrund" (angebliche Mühe des Klägers, sich mit dem Personal und den anderen Ärzten zurecht zu finden) kommt angesichts der Klarheit der Begründung der Kündigung im Schreiben vom 22. Mai 2006 (kläg. act. 6) keine entscheidende Bedeutung zu. Vielmehr erscheint dieser in der Klageantwort erstmals vorgebrachte Kündigungsgrund als vorgeschoben. Er wird denn auch in der Berufungsantwort nicht mehr vorgebracht. Letztendlich war es der Sachverhalt um die Ausweitung der Tätigkeit des Klägers im Rahmen der Schmerzlinik, welcher die Beklagte zur Kündigung veranlasste.

Auch der zeitliche Zusammenhang spricht im Übrigen dafür, dass aus dem erwähnten Grund gekündigt wurde, verging zwischen der Sitzung des Klägers mit dem Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten (15. Mai 2006) und dem Aussprechen der Kündigung (22. Mai 2006) doch lediglich eine Woche. Entgegen der durch die Beklagte vor der Vorinstanz vertretenen Meinung (vi-act. 5, S. 7) ist der zeitliche Zusammenhang so eng, dass die Kündigung auch in zeitlicher Hinsicht als Reaktion auf die Sitzung vom 15. Mai 2006 und die E-Mail des Klägers vom 16. Mai 2006 angesehen werden muss.



Neben dem Kündigungsgrund kann somit auch die Kausalität zwischen Kündigungsgrund und Kündigung mit der durch das Bundesgericht verlangten hohen Wahrscheinlichkeit als bewiesen erachtet werden. Damit ist freilich noch nichts zur Missbräuchlichkeit der Kündigung gesagt.

d/aa) Nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR, auf den sich der Kläger explizit beruft (Berufung, 6), ist eine Kündigung dann missbräuchlich, wenn eine Partei die Kündigung ausspricht, weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht (sog. Rache Kündigung). Die Geltendmachung kann dabei gegenüber dem Arbeitgeber oder durch Anrufung der Gerichte oder sonstiger zuständiger Instanzen erfolgen (REHBINDER, Art. 336 N 6; STREIFF/VON KÄNEL, Art. 336 N 8). Der Begriff des "Anspruchs" wird im Zusammenhang mit Art. 336 Abs. 1 lit. d OR nicht im engen technischen Sinn eines Rechts auf ein fremdes Verhalten verstanden, sondern im weiten Sinn einer Rechtsposition (PORTMANN, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 336 N 14; STREIFF/VON KÄNEL, Art. 336 N 8).

bb) Die vorliegend zu beurteilende Kündigung könnte aus dem Grund missbräuchlich sein, weil die Beklagte versucht hat, den Kläger zur Erbringung einer Leistung zu bewegen, zu der dieser gemäss Arbeitsvertrag nicht verpflichtet war, nämlich zur Aufnahme einer zusätzlichen Tätigkeit als selbständiger Belegarzt im Umfang von 20%, sich der Kläger aber weigerte (respektive sich infolge anderer Verpflichtungen nicht in der Lage sah), einen solchen zusätzlichen Belegarztvertrag (mit Aufnahme der zusätzlichen Tätigkeit in rund zwei Wochen) abzuschliessen. Stattdessen beharrte er auf der Erfüllung des erst gut zwei Wochen alten Arbeitsvertrages.

Mit dem Beharren auf dem ursprünglichen Arbeitsvertrag machte der Kläger zweifelsohne einen Anspruch im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR aus seinem Arbeitsvertrag geltend. Der Anspruch geht einmal dahin, dass er ohne sein Einverständnis nicht zu einer Mehrleistung in zeitlicher Hinsicht gezwungen werden darf (abgesehen von Überstunden im Sinne von Art. 321c OR, was hier aber nicht zur Diskussion steht). Der Anspruch geht unter Umständen auch dahin, dass der Arbeitnehmer nicht jede inhaltlich vom ursprünglichen Arbeitsvertrag abweichende Tätigkeit ausführen muss. Letztere Frage ist aber gar nicht Thema des vorliegend zu



beurteilende Falles. Die Beklagte verlangte vom Kläger nämlich gerade nicht, dass er eine andere Tätigkeit (Tätigkeit in der Schmerzlinik anstelle einer Tätigkeit als Anästhesiearzt) übernehme, oder dass er während seinem (80%-) Pensum zusätzliche Aufgaben übernehme, sondern es wurde verlangt, dass er diese andere Tätigkeit zusätzlich, also unter Aufstockung seines Pensums, erledige. Kommt hinzu, dass die andere Tätigkeit gar nicht im Rahmen des bestehenden Arbeitsvertrages hätte erbracht werden sollen, sondern der Kläger eine selbständige Tätigkeit als Belegarzt hätte aufnehmen sollen. Darum gehen auch die Argumente der Beklagten, sie hätte den Kläger vertraglich zwingen können, die verlangten Arbeiten auszuführen (Berufungsantwort, 3 Ziff. 3; vi-act. 5, S. 8, 11), fehl: Eine solche Verpflichtung besteht höchstens im Rahmen des Arbeitsverhältnisses. Daraus und aus dem dem Arbeitgeber zustehenden Weisungsrecht (vi-act. 5, S. 8, 11) aber eine Verpflichtung zum Abschluss eines zusätzlichen Vertrages abzuleiten, mit welchem sich der Kläger zur Erbringung von Dienstleistungen in selbständiger Tätigkeit hätte verpflichten sollen, geht klarerweise nicht an. Was nämlich die Beklagte wollte, war nicht, dass der Kläger während seiner vereinbarten Arbeitszeit zusätzliche Aufgaben übernehme, sondern dass er einen zusätzlichen Vertrag abschliesse. Zu einer Übernahme der verlangten Tätigkeiten während seiner Tätigkeit unter dem bisherigen Arbeitsvertrag und zu Lasten seiner Tätigkeit als Anästhesiearzt hat sich der Kläger in der E-Mail vom 16. Mai 2006 (kläg. act. 5) im Übrigen ausdrücklich bereit erklärt.

cc) Es ist folglich zu untersuchen, ob die Kündigung eines rund zwei Wochen alten, auf unbefristete Zeit abgeschlossenen Arbeitsvertrages missbräuchlich ist, weil sie deswegen ausgesprochen wurde, weil sich der Kläger weigerte, mit der Beklagten einen zusätzlichen, vom Arbeitsvertrag grundsätzlich unabhängigen Vertrag über die Erbringung einer Dienstleistung in selbständiger Tätigkeit bei der Beklagten abzuschliessen, wobei die Aufnahme der selbständigen Tätigkeit innert rund zwei Wochen zu erfolgen gehabt hätte.

Die Situation ähnelt derjenigen der Änderungskündigung. Eine Änderungskündigung ist eine Kündigung, in deren Zusammenhang die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Konditionen angeboten wird (NORDMANN, 119). Sie ist dann missbräuchlich, wenn sie erfolgt, um eine unbillige Änderung der Lohn- und Arbeitsbedingungen durchzusetzen, für welche weder marktbedingte noch betriebliche



Gründe bestehen. Nicht missbräuchlich ist die Änderungskündigung jedoch dann, wenn es sich um eine Anpassung des Arbeitsverhältnisses an veränderte wirtschaftliche oder betriebliche Bedürfnisse handelt (BGE 123 III 246 E. 3b S. 250; STREIFF/VON KÄNEL, Art. 336 N 4 m. w. H.; PORTMANN, Art. 336 N 23; NORDMANN, 120 f.). Die Einordnung der Änderungskündigung unter Art. 336 Abs. 1 lit. d OR ist umstritten (NORDMANN, 119). Sie ist jedenfalls für die Fälle zu bejahen, wo die Änderungen unter Missachtung der geltenden Kündigungsbestimmungen durchgesetzt werden sollen oder wo sie aus Rachemotiven erfolgen (NORDMANN, 121 f.; STREIFF/VON KÄNEL, Art. 336 N 8).

Die vorliegend zu beurteilende Situation unterscheidet sich von der Änderungskündigung in verschiedener Hinsicht. Einerseits wurde nicht die Änderung des abgeschlossenen Arbeitsvertrages verlangt; es ging vielmehr um eine Änderung der (gesamten) vertraglichen Verhältnisse zwischen den Parteien, indem ein zusätzlicher Vertrag (der Belegarztvertrag) hätte abgeschlossen werden und der bestehende Vertrag unverändert hätte weitergelten sollen. Letztendlich geht es bei der missbräuchlichen Änderungskündigung jedoch darum, dass ein Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber geändert werden soll. Ob es dabei um die Änderung eines (einzigen) Vertrages geht, oder ob das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber dadurch verändert wird, dass weitere Verträge abgeschlossen werden (sollen), ist letztendlich eine rein formale Frage und darf bei der Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Kündigung keine Rolle spielen. Andererseits wurde dem Kläger für den Fall, dass er sich weigere, den anderen Vertrag abzuschliessen, die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses nicht angedroht; vielmehr wurde ihm im Anschluss an seine Weigerung direkt gekündigt. NORDMANN subsumiert eine solche Kündigung (auch wenn sie unter Einhaltung der Kündigungsfrist erfolgt ist), falls sie aus Rachemotiven erfolgt ist, auch unter den Tatbestand der missbräuchlichen

dd) Im Ergebnis ist eine Kündigung, die der Arbeitgeber ausspricht, weil der Arbeitnehmer sich weigert, eine Veränderung betreffend sein Vertragsverhältnis (welches aus einem oder mehreren Verträgen bestehen kann) per Ende der ordentlichen Kündigungsfrist zu akzeptieren, nur unter bestimmten Umständen missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR, insbesondere wenn für die Änderung keine wirtschaftlichen oder betrieblichen Bedürfnisse ausgewiesen werden.



Das Vorliegen solcher Umstände wird von den Parteien weder genügend behauptet, noch geht es aus den dem Gericht vorliegenden Akten hervor. Allerdings erscheint es als sehr unwahrscheinlich, dass sich die wirtschaftlichen und betrieblichen Verhältnisse innert zwei (bis zum Gespräch vom 15. Mai 2006) bis drei (bis zur Kündigung) Wochen derart verändert haben, dass eine Änderungskündigung berechtigt war. Die Beantwortung dieser Frage kann jedoch offen gelassen werden, falls sich die Kündigung aus einem anderen Grund als missbräuchlich erweist. Gleich verhält es sich mit der Rache Kündigung.

Ob die vorgebrachten Tatbestände einen solchen Grund darstellen oder nicht, ist eine Rechtsfrage. Das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 78 ZPO). Es gilt zu beachten, dass Art. 336 OR keine abschliessende Liste der Missbrauchstatbestände umfasst, sondern dass diese Bestimmung nur das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot konkretisiert (vgl. oben 1a).

e) Ein möglicherweise erfüllter, nicht in Art. 336 OR aufgezählter Missbrauchstatbestand, der vom Unrechtsgehalt her mit den ausdrücklich aufgezählten Missbrauchstatbeständen vergleichbar ist (vgl. oben 1a), ist die Kündigung als widersprüchliches Verhalten (sog. venire contra factum proprium). Der Kläger macht die Verletzung dieses Tatbestandes zumindest implizit geltend (Berufung, 6 Ziff. 4 i. f.).

aa) Ein widersprüchliches Verhalten muss dann angenommen werden, wenn der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer die Ausübung einer anderen Tätigkeit erlaubt, ihn jedoch anschliessend wegen der Ausübung genau dieser Tätigkeit entlässt (NORDMANN, 197). Es kann sich dabei um eine Tätigkeit handeln, die keinen Erwerbscharakter aufweist, aber (gerade bei Teilzeitbeschäftigungen) auch um eine solche, welche ebenfalls auf Erwerb ausgerichtet ist.

bb) Im vorliegend zu beurteilenden Fall könnte das Verhalten der Beklagten ein verpöntes widersprüchliches Verhalten darstellen, falls dem Kläger (auch nur konkludent) erlaubt wurde, neben der Stelle als unselbständiger Anästhesearzt eine weitere, selbständige oder unselbständige Tätigkeit auszuüben, und ihm nun gekündigt wird, weil er nicht bereit ist oder es ihm nicht möglich ist, diese weitere Tätigkeit



unmittelbar aufzugeben. Das Gesagte gilt auch, wenn eine solche Erlaubnis nur befristet erteilt oder vereinbart wurde. Der Arbeitnehmer ist in einem solchen Fall in seinem Vertrauen zu schützen, dass er, zumindest während der vereinbarten Dauer, keine Nachteile zu gewärtigen hat, falls er entsprechende Ansprüche geltend macht.

cc) Die Parteien haben in ihrem Arbeitsvertrag ein Pensum von 80% vereinbart (kläg. act. 3, Ziff. 2). In der Vereinbarung eines Arbeitspensums von 80% ist konkludent die Abrede eingeschlossen, dass der Arbeitnehmer während der restlichen 20% einer anderen, selbständigen oder unselbständigen, entgeltlichen oder unentgeltlichen Tätigkeit nachgehen darf, solange er dadurch seine Treuepflichten gegenüber dem Arbeitgeber nicht verletzt. Je weniger lange der Abschluss einer solchen Vereinbarung zurückliegt, desto eher muss angenommen werden, eine Kündigung genau wegen dieses Grundes stelle ein widersprüchliches Verhalten dar. Die Kündigung im vorliegenden Fall wurde nur rund drei Wochen nach Vertragsabschluss ausgesprochen. Allein daraus auf ein verpöntes widersprüchliches Verhalten der Beklagten zu schliessen, wäre allerdings vorschnell. Vielmehr gilt es gesondert zu beurteilen, ob der Kläger in seinem Vertrauen in die Beständigkeit dieser Abrede zu schützen ist.

dd) Das Vertrauen des Arbeitnehmers in die Beständigkeit einer solchen Vereinbarung ist dahingehend beschränkt, dass eine solche Beständigkeit vereinbart sein muss, was auch konkludent erfolgen kann. Eine nur kurze Zeit zurückliegende Vereinbarung (z. B. die Teilzeitklausel in einem Arbeitsvertrag) kann zwar ein Indiz dafür sein, dass der Arbeitnehmer in deren Beständigkeit vertrauen durfte, doch kann sein Vertrauen darin anlässlich der Vertragsverhandlungen auch (ausdrücklich oder konkludent) zerstört worden sein. An einen solchen Fall ist beispielsweise zu denken, wenn schon anlässlich der Vertragsverhandlungen (eines Arbeitsvertrages mit Teilzeitklausel) darüber gesprochen wird, das Engagement in naher oder ferner Zukunft in der einen oder anderen Weise derart auszubauen oder zu verändern, dass sich dementsprechend auch das Pensum des Arbeitsverhältnisses notwendigerweise (mit-)verändern wird.

ee) Der Kläger bringt in seiner Berufung vor, zwar sei anlässlich des Bewerbungsgespräches mit B die Idee besprochen worden, dass die Klinik-F-AG (für die der Kläger vorher zu 100% und für die er weiterhin zu 20% als Arzt und



Geschäftsleitungsmitglied tätig war; Berufung, 3 Ziff. 3) oder der Kläger selbst zu einem späteren Zeitpunkt eine private Praxis für Schmerztherapie innerhalb der beklagten Klinik eröffnen könnte. Dem Kläger sei aber ausdrücklich mitgeteilt worden, dass ein möglicher Beginn einer derartigen selbständigen Belegarztpraxis im Bereich Schmerztherapie frühestens im September 2006, nach sorgfältiger Planung und Aushandlung entsprechender Pläne, stattfinden solle (Berufung, 3 Ziff. 3; vi-act. 1, S. 3). Der Kläger führt weiter aus, die geäusserte Absicht des Aufbaus der Schmerztherapie (erst) per September 2006 auf der Basis eines selbständigen Belegarztvertrages habe damit zu tun gehabt, dass im Mai 2006 die Schmerztherapie noch von Dr. C bei der Beklagten angeboten wurde, dessen Belegarztvertrag jedoch im September 2006 auslaufen würde. Der Aufbau beziehungsweise die Weiterverfolgung der Schmerztherapie in der Form einer selbständigen Tätigkeit mit Belegarztvertrag sei erst sekundär, nach dem Aufbau eines geordneten Betriebsablaufs im Operationsbereich, vorgesehen gewesen (Berufung, 3 f. Ziff. 4). Der Kläger weist darauf hin, dass ihm die Eröffnung eines "Ostschweizer Klinik" bereits auf den 1. Juni 2006 und die damit verlangte/verbundene Ausweitung seiner Tätigkeit bei der Beklagten erstmals an der Sitzung vom 15. Mai 2006, nach rund zweiwöchiger Arbeitstätigkeit mitgeteilt worden sei (Berufung, 4 Ziff. 5).

Die Beklagte hat in ihrer Klageantwort vor der Vorinstanz bestätigt, dass anlässlich des Bewerbungsgespräches zwischen den Parteien die Idee betreffend Schmerztherapie besprochen worden sei. Das Thema sei durch den Kläger angeregt worden. Es sei auch zutreffend, dass sich die Beklagte positiv zur Idee gestellt habe, dass der Kläger bei ihr im Schmerzbereich praktizieren solle, was angesichts der Spezialisierung des Klägers auf dem Gebiet der Schmerztherapie auch nahe liegend gewesen sei (vi-act. 5, S. 2). Die Beklagte bestritt vor der Vorinstanz, dass die Idee, eine Schmerztherapie zu besprechen, erst einige Monate nach der Anstellung geplant gewesen sei. Vielmehr habe die Idee, diese Angelegenheit zu besprechen, von allem Anfang an bestanden (vi-act. 5, S. 3).

ff) Die als Partei einvernommene B ist Geschäftsführerin der Beklagten. Diese Funktion hatte sie auch im Zeitpunkt inne, als das Vorstellungsgespräch mit dem Kläger stattfand (act. B17, S. 2 oben). Ausser B und dem Kläger war anlässlich des Vorstellungsgesprächs niemand anwesend (act. B17, S. 3 unten). Sie war es auch,



welche den Arbeitsvertrag (kläg. act. 3) namens der Beklagten unterzeichnete (act. B17, S. 9 unten).

B führte aus, sie glaube, der Kläger habe beim Vorstellungsgespräch gesagt, er müsse bei seiner bisherigen Stelle noch abschliessen; B glaubte, der Kläger habe seine bisherige Stelle noch nicht definitiv gekündigt gehabt (act. B17, S. 4 Mitte). Der Kläger habe zu seiner zeitlichen Verfügbarkeit ausgeführt, eine Anstellung zu 80% sei für ihn in Ordnung, zu einem späteren Zeitpunkt könne er dieses Pensum auf 100% ausbauen (act. B17, S. 5 oben). Zur Schmerzlinik führte B aus, es sei geplant gewesen, dass der Kläger von Beginn an bei der allgemeinen Schmerztherapie mitmache, dass dann aber über den Aufbau des Schmerzzentrums, an dem ja mehrere Personen beteiligt seien, noch eine Sitzung stattfände und dass A [Verwaltungsratspräsident der Beklagten] entscheiden würde, wann es definitiv losgehe (act. B17, S. 5 Mitte). Nach Angaben von B wurde kein konkretes Datum und auch kein Zeitraum für den Beginn der Aufnahme der Tätigkeit des Klägers in der Schmerzlinik besprochen (act. B17, S. 6 oben). Die Planung des Schmerzzentrums sei von A vorgenommen worden (act. B17, S. 8 oben). B sagte aus, die Aufnahme der Tätigkeit im Schmerztherapiebereich sei nicht dahingehend konkretisiert worden, dass diese frühestens im September 2006 möglich sei (act. B17, S. 8 unten). Auf eine Ergänzungsfrage des Vertreters des Klägers sagte B aus, es sei über das Belegarztmodell im Schmerztherapiebereich gesprochen worden und man sei so verblieben, dass das mit A definitiv abgeklärt werde (act. B17, S. 10 oben).

gg) In seiner Beweiswürdigungseingabe vom 6. Juli 2007 führt der Kläger aus, während des Vorstellungsgesprächs habe B bestätigt, dass ein Schmerzzentrum zu einem späteren Zeitpunkt aufgebaut werde. Weiter führt der Kläger aus, hätte man ihn neben seiner Facharztstätigkeit als Anästhesist auch als Schmerztherapeuten in der Form einer unselbständigen Tätigkeit anstellen wollen, so hätte dies im Arbeitsvertrag seinen Niederschlag finden müssen (act. B19, S. 3 Ziff. 3).

In ihrer Beweiswürdigungseingabe vom 19. Juli 2007 führt die Beklagte aus, den Aussagen von B könne entnommen werden, dass dem Kläger keinerlei Zusicherungen bezüglich eines möglichen Beginns der Schmerztherapie gemacht worden seien (act. B22, S. 2 Ziff. 3.2). Die Beklagte erläutert weiter, den Beginn der Schmerztherapie hätte



allein A festzusetzen gehabt, welcher anlässlich des Vorstellungsgesprächs aber nicht anwesend gewesen sei (act. B22, S. 3 Mitte).

hh) Aus den Ausführungen der Parteien und der Aussage von B geht hervor, dass der Beklagten bekannt war, dass der Kläger - wenn auch nur vorübergehend - neben der Tätigkeit bei der Beklagten noch einer anderen Tätigkeit nachging. Klar scheint auch, dass über die Aufnahme einer Tätigkeit des Klägers im Bereich der Schmerztherapie/ des Schmerzzentrums gesprochen wurde. B hat ausgeführt, über den Beginn der Aufnahme dieser Tätigkeit sei nicht gesprochen worden, dies sei erst später, anlässlich einer Sitzung mit A, erfolgt. Die Beklagte bestätigt dies implizit, indem sie in ihrer Beweiswürdigungseingabe ausführt, der Entscheid über den Beginn der Schmerztherapie sei in der ausschliesslichen Kompetenz des nicht am Bewerbungsgespräch anwesenden Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten, A, gelegen. Gleiches geht auch aus dem durch A unterzeichneten Kündigungsschreiben vom 22. Mai 2006 (kläg. act. 6) hervor, wo der Verwaltungsratspräsident der Beklagten unter anderem ausführt "...habe ich [A] mir vorgestellt, dass Sie [der Kläger] die Schmerztherapie (...) übernehmen werden".

Der Beklagten ist dahingehend zuzustimmen, dass aus der Aussage von B nicht abgeleitet werden kann, dem Kläger sei zugesichert worden, die zusätzliche Tätigkeit solle erst zu einem bestimmten Zeitpunkt aufgenommen werden. Allerdings wurde das erweckte Vertrauen des Klägers, noch eine bestimmte, länger als einen Monat dauernde Periode lediglich teilzeitlich beschäftigt zu sein, von der Beklagten auch nicht zerstört. Angesichts der Umstände musste der Kläger nicht erwarten, dass von ihm so rasch erwartet würde, der Beklagten zusätzliche Kapazität zur Verfügung zu stellen. Dies gilt umso mehr, als die Beklagte wusste, dass der Kläger die restlichen 20% einer anderen entgeltlichen Tätigkeit nachging. Die Aufgabe einer solchen Tätigkeit ist so rasch in der Regel nicht möglich, jedenfalls aber nicht zumutbar.

Der Beklagten hilft nicht, dass sie sich darauf beruft, der Beginn der Schmerztherapie sei alleine durch A festzusetzen gewesen. Dieser war weder am Vorstellungsgespräch anwesend, noch unterzeichnete er den Arbeitsvertrag mit dem Kläger. B sagte aus, es habe nach dem Vorstellungsgespräch (welches in ihrer Erinnerung Ende April stattfand; act. B17, S. 3 unten) mit ihr und dem Stellenantritt des Klägers kein weiteres



Vorstellungsgespräch mit ihr oder einem anderen Organ der Beklagten stattgefunden (act. B17, S. 9 Mitte). Die Beklagte bestätigt dies implizit, indem sie Ausführungen des Klägers bestreitet, wonach am 20. März 2006, 28. März 2006 oder 4. April 2006 (und damit eher vor dem eigentlichen Vorstellungsgespräch) ein zweites Gespräch in Anwesenheit von A stattgefunden haben soll (act. B19, S. 2 Ziff. 1; act. B22, S. 2 Ziff. 3.1). Für dieses Verfahren ist davon auszugehen, dass nach dem Vorstellungsgespräch mit B bis zum Stellenantritt kein Kontakt zwischen dem Kläger und B oder einem anderen Organ der Beklagten bestand.

Das Vertrauen des Klägers in eine gewisse Beständigkeit der Teilzeitarbeit konnte demzufolge durch Äusserungen oder allfällige Vorstellungen des Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten nicht zerstört werden. Vielmehr hat es sich die Beklagte anrechnen zu lassen, dass sie den Kläger nicht darüber informierte, dass von ihm je nach Entscheid des Verwaltungsratspräsidenten der Beklagten unter Umständen erwartet würde, bei der Beklagten unmittelbar (respektive innert rund zwei Wochen) eine zusätzliche Tätigkeit auszuüben. Ohne diese Information aber musste der Kläger mit einem Verhalten wie demjenigen der Beklagten nicht rechnen. Er ist in seinem berechtigten Vertrauen, dass er aufgrund der Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit im Rahmen eines Schmerzzentrums und gestützt auf einen Belegarztvertrag mit einer Reduktion seiner anderen Erwerbstätigkeit jedenfalls nicht schon auf den 1. Juni 2006, einen Monat nach Aufnahme seiner Tätigkeit und Abschluss des Teilzeitarbeitsvertrages, rechnen musste, zu schützen.

f) Aus den vorstehenden Erwägungen resultiert, dass die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung missbräuchlich ist. Die Klage ist im Grundsatz gutzuheissen.

2. a) Der Kläger verlangt von der Beklagten wegen missbräuchlicher Kündigung eine Entschädigung von Fr. 26'800.-, was zwei Monatslöhnen bei einem Arbeitspensum von 80% entspricht (Berufung, 7 Ziff. 7).

b) Art. 336b Abs. 1 OR schreibt vor, dass wer gestützt auf Art. 336 und 336a OR eine Entschädigung geltend machen will, spätestens bis zum Ablauf der Kündigungsfrist beim Kündigenden schriftlich Einsprache zu erheben hat. Nach Art. 336b Abs. 2 OR



verwirkt der Anspruch, wenn sodann nicht innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Klage anhängig gemacht wird.

In der Lehre werden an die Formulierung der Einsprache keine allzu hohen Anforderungen gestellt. Es genügt, wenn die betroffene Partei gegenüber der kündigenden Person schriftlich zum Ausdruck bringt, mit der Kündigung nicht einverstanden zu sein; jede schriftliche Willensäusserung, aus welcher hervorgeht, dass der Arbeitnehmer mit der Entlassung nicht einverstanden ist, genügt (BGE 123 III 246 E. 4c S. 253; STREIFF/VON KÄNEL, Art. 336b N 3; PORTMANN, Art. 336b N 1). Mit Schreiben vom 30. Mai 2006 teilte der Kläger, vertreten von seiner Rechtsschutzversicherung, der Beklagten mit, die Kündigung sei aus rechtlicher Sicht missbräuchlich (kläg. act. 7). Mit dieser Mitteilung ist er dem Erfordernis der schriftlichen Einsprache im Sinne von Art. 336b Abs. 1 OR ohne weiteres nachgekommen.

c) Die Entschädigung, welche im Fall einer missbräuchlichen Entlassung nach Art. 336a OR geschuldet ist, ist gegen oben gesetzlich auf maximal sechs Monatslöhne begrenzt. Innerhalb dieses Rahmens ist sie unter Würdigung aller Umstände zu bemessen. Im Hinblick auf die pönale Funktion der Entschädigung gehören zu den in Betracht fallenden Umständen die Schwere der Verfehlung des Arbeitgebers, die wirtschaftlichen Verhältnisse des entschädigungspflichtigen Arbeitgebers sowie die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers, der Grad der Missbräuchlichkeit des Motivs des Kündigenden, die Dauer der Anstellung und die Enge der arbeitsvertraglichen Beziehung. Im Hinblick auf die Wiedergutmachungsfunktion der Entschädigung sind aber auch die wirtschaftlichen Auswirkungen der Kündigung auf den Arbeitnehmer zu berücksichtigen (PORTMANN, Art. 336a N 2 f.; STREIFF/VON KÄNEL, Art. 336a N 3).

d) Unter Berücksichtigung, dass die maximal mögliche Entschädigung sechs Monatslöhne beträgt, dass der Kläger nur rund drei Wochen bei der Beklagten tätig war und demzufolge kaum schon eine enge arbeitsvertragliche Beziehung entstanden ist, dass die Kündigung während der Probezeit erfolgt ist, während der ein Arbeitnehmer erhöht mit einer (allerdings nicht missbräuchlichen) Kündigung rechnen muss, dass der Kläger seine vorherige Tätigkeit eingeschränkt hat, was im Bereich der



unselbständigen Erwerbstätigkeit eine relativ einschneidende Massnahme darstellt, und dass sich der Kläger vor Aussprechung der Kündigung, im Sinne eines Kompromisses, bereit erklärt hat, innerhalb seines Pensums von 80% einzelne Schmerzpatienten zu behandeln und er somit noch versucht hat, das Arbeitsverhältnis zu "retten", sich jedoch die Beklagte einer möglichen Überbrückungslösung entzogen hat, erscheint im vorliegenden Fall eine Entschädigung von Fr. 20'000.- als gerechtfertigt.

.....