



<b>Fall-Nr.:</b>	BZ.2009.95
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	25.03.2010
<b>Entscheiddatum:</b>	25.03.2010

### **Entscheid Kantonsgericht, 25.03.2010**

**Art. 335 OR (SR 220). Kündigung vor Stellenantritt. An der Praxis der st. gallischen Gerichte, wonach bei Kündigung vor Stellenantritt die Kündigungsfrist mit dem Zugang der Kündigung zu laufen beginnt, wird festgehalten (E. 1b). Eine Arbeitgeberin, die kurze Zeit nach einem von der Konzernleitung angeordneten Einstellungsstopp eine Kündigung ausspricht, verhält sich nicht illoyal, weshalb der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Schadenersatz hat (E. 2) (Kantonsgericht St. Gallen, III. Zivilkammer, 25. März 2010, BZ.2009.95).**

#### Sachverhalt

Am 15. Januar 2009 unterzeichneten A und die B-GmbH einen Arbeitsvertrag mit Arbeitsbeginn per 1. Juli 2009, einer ordentlichen Kündigungsfrist von drei Monaten und einer Kündigungsfrist während der Probezeit von sieben Tagen. Später ordnete die Konzernleitung der B-GmbH einen Einstellungsstopp an, worauf die B-GmbH den Arbeitsvertrag mit eingeschriebenem Brief vom 4. Februar 2009 aus wirtschaftlichen Gründen kündigte. Das Kündigungsschreiben traf am 6. Februar 2009 im Postfach von A ein, wurde von ihm jedoch nicht abgeholt und später zurückgesandt.

Vor Kantonsgericht verlangt A Lohn für die Zeit zwischen dem Stellenantritt und dem Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist.

Aus den Erwägungen



1. a) Die Beklagte schuldet dem Kläger Lohn, falls das Arbeitsverhältnis erst nach dem vorgesehenen Stellenantritt erloschen ist (Art. 322 Abs. 1 i.V.m. 324 Abs. 1 OR). Nach der Praxis der Basler, Berner, Thurgauer und Zürcher Gerichte und einem Teil der Lehre beginnt bei einer Kündigung vor Stellenantritt die Kündigungsfrist erst im Zeitpunkt des vorgesehenen Stellenantritts zu laufen (Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, JAR 2004, 444; Arbeitsgericht Bern, JAR 1997, 100, E. 8, u.a.; Arbeitsgericht Zürich, ZR 1994 Nr. 53 = JAR 1995, 144, E. 3c; im Ergebnis ebenso Obergericht Thurgau, JAR 1984, 199; aus der Lehre BSK OR I-Portmann, Art. 335 N 23; BK-Rehbinder, Art. 335 N 14 OR; ZK-Staehelin, Art. 335 N 21 OR; Vischer, Der Arbeitsvertrag, SPR VII/4, Basel etc. 2005, 225). Auf diesen Standpunkt stellt sich der Kläger. Die Beklagte beruft sich demgegenüber auf die St. Galler, Genfer und appenzell-innerrhodische Praxis, die sich auf die Lehrmeinung von Streiff abstützt (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag Praxiskommentar, nunmehr 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 335b N 11 S. 622) und gemäss der die Kündigungsfrist auch vor Stellenantritt mit dem Zugang der Kündigung zu laufen beginnt (Kantonsgericht St. Gallen, GVP 1990 Nr. 51 = JAR 1992, 207; Kant. Einzelrichter Appenzell-Innerrhoden, zitiert in Streiff/von Kaenel, Art. 335b N 11; im Ergebnis ebenso Chambre d'Appel de Genève, JAR 1989, 196; aus der Lehre Geiser/Müller, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009, Rn. 579; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 335 N 14; implizit ebenso Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern etc. 1996, Art. 335 N 5). Das Bundesgericht hatte diese Frage soweit ersichtlich bisher noch nicht zu entscheiden.

b) Die St. Galler Praxis, wonach die Kündigungsfrist auch vor Stellenantritt mit dem Kündigungsempfang zu laufen beginnt, ist sachgerecht (zum Folgenden siehe Streiff/von Kaenel, Art. 335b N 11; GVP 1990 Nr. 51, E. 2b). Vom Grundsatz, dass die Kündigungsfrist mit dem Zugang der Kündigung zu laufen beginnt (BGE 113 II 259 E. 2a), sollte nicht ohne zwingenden Grund eine Ausnahme gemacht werden. Die Kündigungsfrist soll den Parteien Zeit geben, um eine neue Stelle zu suchen bzw. die Stelle neu zu besetzen. Solange die Kündigungsfrist eingehalten wird, ist dieser Zweck erfüllt, unabhängig davon, ob die Stelle bereits angetreten wurde oder nicht. Folgte man der anderen Auffassung, so führte dies zum unbefriedigenden Ergebnis, dass ein Arbeitnehmer die Stelle für eine kurze Zeit antreten müsste, sofern sich die Parteien nicht auf einen Aufhebungsvertrag einigen. Damit wäre weder dem Arbeitnehmer gedient, weil er für die Zeit bis zum Stellenantritt kaum eine andere Stelle finden



könnte, noch dem Arbeitgeber, da er von einem so kurzen Einsatz des Arbeitnehmers in der Regel nicht profitiert. Die hier vertretene Lösung ermöglicht es den Parteien besser, sich auf die neue Situation einzustellen, und macht Verhandlungen über einen Aufhebungsvertrag unnötig. Sie bevorzugt weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer, da eine Kündigung vor Stellenantritt sowohl vom Arbeitgeber als auch vom Arbeitnehmer ausgehen kann und in der Praxis auch beides vorkommt. Es entsteht zwar das Problem, dass Arbeitsverträge, die lange vor dem Stellenantritt abgeschlossen wurden, solange faktisch unverbindlich sind, als sie auf einen Termin vor Stellenantritt kündbar sind. Die Parteien können dies aber vermeiden, indem sie vereinbaren, dass der Arbeitsvertrag frühestens auf einen bestimmten Termin nach dem Stellenantritt gekündigt werden darf (Arbeitsverhältnis mit Minimalfrist, siehe BGE 110 II 167).

c) Vorliegend wurde das Kündigungsschreiben am 6. Februar 2009 ins Postfach des Klägers avisiert und war ab diesem Tag zur Abholung bereit. Die Kündigung gilt folglich als am 6. Februar 2009 zugegangen (BGE 113 II 259 E. 2a; BSK OR I-Bucher, Art. 9 N 4). Da die Kündigung mehr als vier Monate vor dem Stellenantritt erfolgte, kann offen bleiben, ob die Kündigungsfrist während der Probezeit oder die ordentliche Kündigungsfrist von drei Monaten zu beachten war. Das Arbeitsverhältnis ist jedenfalls vor Stellenantritt erloschen, weshalb der Kläger von der Beklagten keinen Lohn zugute hat.

2. Nach Auffassung zumindest jener Gerichte und Autoren, gemäss denen die Kündigungsfrist schon vor Stellenantritt zu laufen beginnen kann, kann die Kündigung vor Stellenantritt bei illoyalem Verhalten zu Schadenersatz führen. Rechtsnatur und Voraussetzungen dieser Haftung sind umstritten (vgl. GVP 1990 Nr. 51 E. 2b und d; JAR 2004, 444; JAR 1995, 144, E. 3d-e; JAR 1989, 196; Streiff/von Kaenel, Art. 335b N 11; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Art. 335 N 14; Vischer, 225). Wie es sich damit verhält, kann aus zwei Gründen offen bleiben. Erstens machte der Kläger während des ganzen Verfahrens nie geltend, es sei ihm aus der Kündigung ein Nachteil oder eine finanzielle Einbusse erwachsen, sondern er fordert ausschliesslich Lohn. Das Gericht hat jedoch auch unter dem Untersuchungsgrundsatz (Art. 343 Abs. 4 OR) nicht nach Fakten zu forschen, die einen Sachverhaltskomplex betreffen, zu welchem eine Partei keinerlei Ausführungen macht (vgl. BGE 107 II 233 E. 2c). Zweitens verhielt sich die Beklagte bei der Kündigung nicht illoyal. Dabei ist unerheblich, ob die Beklagte dem



Kläger - wie er behauptet und sie bestreitet - ursprünglich einen Arbeitsbeginn am 1. März 2009 zugesichert hatte, denn im Zeitpunkt der Kündigung war für den Stellenantritt der Arbeitsvertrag vom 15. Januar 2009 massgebend und dieser sah dafür den 1. Juli 2009 vor. Eine allfällige anderslautende mündliche Vereinbarung wäre mit Abschluss des schriftlichen Arbeitsvertrags aufgehoben worden. Entscheidend ist, dass die Beklagte die Kündigung unbestrittenermassen aus wirtschaftlichen Gründen aussprach, kurz nachdem die Konzernleitung einen Einstellungsstopp angeordnet hatte. Sowohl die Kündigungsmodalitäten als auch der Kündigungsgrund sind somit nicht zu beanstanden. Die Beklagte schuldet dem Kläger keinen Schadenersatz.

-----