

**Geschäft Nr. LA070024; aus den Erwägungen:**

**I.**

1. a) Auszugehen ist vom folgenden, unbestrittenen Sachverhalt: Die Klägerin ist kaufmännische Angestellte mit eidgenössischem Lehrabschluss, und die Beklagte ist im Bereich Personalverleih und Personalvermittlung tätig. Am 17. August 2006 schlossen die Parteien einerseits einen Rahmenarbeitsvertrag, andererseits einen Einsatzvertrag für einen konkreten Einsatz. Gemäss dem Einsatzvertrag sollte die Klägerin ab dem 1. November 2006 in der Einsatzfirma X tätig sein. Für die Dauer einer dreimonatigen Probezeit wurde eine Kündigungsfrist von 2 Tagen vereinbart, welche sowohl für den Einsatzvertrag als auch für den Rahmenvertrag galt. Nachdem die Klägerin am 1. November 2006 ihre Tätigkeit bei der Einsatzfirma vertragsgemäss angetreten hatte, erfuhr sie am 2. November 2006 anlässlich eines Arztbesuches, dass sie in der sechsten Woche schwanger war. Davon setzte die Klägerin ihre Vorgesetzte bei der Einsatzfirma in Kenntnis.

b) Am 23. November 2006 kündigte die Beklagte der Klägerin telefonisch per 27. November 2006 und stellte sie frei. Die Klägerin verlangte telefonisch eine schriftliche Begründung der Kündigung und erhielt daraufhin ein erstes, auf den 23. November 2006 datiertes, nicht unterzeichnetes Kündigungsschreiben, in welchem die Kündigung ohne Angabe eines Kündigungsgrundes bestätigt wurde. Auf ihre erneute Anfrage hin erhielt die Klägerin sodann am 28. November 2006 ein weiteres Kündigungsschreiben, welches bei der Bestätigung der Kündigung den Zusatz "aufgrund der bestehenden Schwangerschaft" enthielt. Teilweise umstritten – aber für den vorliegend zu treffenden Entscheid, wie zu zeigen sein wird, nicht relevant – ist die Frage, wie dieses zweite, mit der Schwangerschaft der Klägerin begründete Kündigungsschreiben zustande kam.

c) Mit Schreiben vom 23. Januar 2007 forderte die Klägerin von der Beklagten eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung. Die Beklagte nahm am 7. Februar 2007 dazu Stellung und bestritt die Missbräuchlichkeit der Kündigung sowie einen Anspruch der Klägerin auf eine Entschädigung. Am

9. Februar 2007 erhob die Klägerin sodann Klage bei der Vorinstanz, wo sie als Entschädigung für missbräuchliche Kündigung (Kündigung wegen Schwangerschaft) vier Monatslöhne von rund Fr. 6'000.– geltend machte. Auf Antrag der Beklagten beschränkte die Vorinstanz das Hauptverfahren anlässlich der Hauptverhandlung vom 3. April 2007 auf die Frage der Notwendigkeit einer Einsprache und behielt weitere Vorbringen der Parteien zur Frage der Missbräuchlichkeit der Kündigung vor.

2. a) Die Vorinstanz kam im Urteil vom 3. April 2007 zum Schluss, dass die Klägerin wegen Fehlens einer form- und fristgerechten Einsprache gegen die Kündigung (Art. 336b Abs. 1 OR) ihr Recht, eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung zu verlangen, verwirkt habe, und wies die Klage ab. Hiegegen erhob die Klägerin fristgerecht Berufung, in welcher sie die vorstehend zitierten Anträge stellte.

[ ... ]

## II.

1. Bezüglich der Rechtsgrundlagen, welche auf das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien anzuwenden sind, kann auf die zutreffenden und unbestrittenen Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Anwendbar ist danach insbesondere Art. 336b Abs. 1 OR, wonach der gekündigte Arbeitnehmer, der eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung geltend machen will, gegen die Kündigung längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist beim Kündigenden schriftlich Einsprache erheben muss.

2. a) Unbestritten ist, dass die Klägerin während der zweitägigen Kündigungsfrist, welche die Parteien zulässigerweise vereinbarten (vgl. Art. 19 Abs. 4 AVG [SR 823.11]), keine schriftliche Einsprache gegen die Kündigung erhob. Die Klägerin ist jedoch der Ansicht, aufgrund der Besonderheiten des vorliegenden Falles sei eine Einsprache gegen die Kündigung nicht erforderlich gewesen.

b) Die Vorinstanz wies im angefochtenen Urteil unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung darauf hin, dass die schriftliche Einsprache gegen die Kündigung gemäss Art. 336b Abs. 1 OR aufgrund der absolut zwingenden Natur dieser Vorschrift sowie nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung unerlässlich sei, und dass der Arbeitnehmer, welcher eine solche Einsprache nicht frist- und formgerecht erhebe, den Anspruch auf eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung verwerke. Auch die Merkmale des konkret zu beurteilenden Einzelfalles rechtfertigten für die Vorinstanz keine Ausnahme von dieser Regelung. Zudem hätte die Klägerin, selbst wenn eine Erstreckung der Einsprachefrist bejaht würde, nicht rechtzeitig schriftlich gegen die Kündigung opponiert.

3. Die Klägerin bringt dagegen in der Berufungsbegründung vor, die von der Vorinstanz zitierte Literatur und Rechtsprechung beziehe sich samt und sonders auf Fälle, in welchen sich die Missbräuchlichkeit der Kündigung bereits während der Kündigungsfrist ergeben habe. Daraus könne für den vorliegenden Fall nichts geschlossen werden, da sie, die Klägerin, erst nach Ablauf der Kündigungsfrist von der Missbräuchlichkeit erfahren habe. Erst dann sei die Missbräuchlichkeit deutlich geworden. Der Zweck der Einsprache, die Parteien vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu einer Einigung zu bewegen, habe zu diesem Zeitpunkt gar nicht mehr verwirklicht werden können. Unter diesen Umständen mache das Erfordernis der Einsprache überhaupt keinen Sinn mehr. Diesbezüglich bestehe eine Lücke im Gesetz.

Zudem habe der Gesetzgeber mit der Einspracheregulation mit Sicherheit keinen Fall wie den ihren im Auge gehabt. Sie, die Klägerin, falle doppelt durch die Maschen des sozialen Netzes, da einerseits die Kündigung wegen Schwangerschaft erst nach der Probezeit nichtig sei und andererseits eine Einsprache während einer bloss zweitägigen Kündigungsfrist praktisch kaum erhoben werden könne. Die Kündigung wegen Schwangerschaft gelte jedoch nach der gesetzlichen Wertung grundsätzlich als verpönt. Daher sei vorliegend vom Einspracherefordernis abzusehen.

a) Zunächst ist der Klägerin entgegenzuhalten, dass sie selber vor der Vorinstanz ausführte, sie habe bereits vor Erhalt der Begründung geahnt, dass

die Beklagte ihr aufgrund ihrer Schwangerschaft gekündigt habe. Sie habe die Kündigung aufgrund ihrer Schwangerschaft nicht einfach so hingenommen, sondern sie sei sehr empört gewesen, dass man ihr alle Rechte, die ihr als schwangere Frau zustehen würden, wegnehme. Allerdings habe sie unmittelbar nach der Kündigung nicht gewusst, dass sie sich wehren könnte. Es ergibt sich damit aus den Ausführungen der Klägerin selber, dass sie, bereits als sie die Kündigung erhielt, die Vermutung hatte, der Grund für die Kündigung sei ihre Schwangerschaft gewesen. Danach kann die Klägerin nicht für sich in Anspruch nehmen, sie habe erst von der Missbräuchlichkeit der Kündigung erfahren, als die Beklagte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Kündigung schriftlich mit der Schwangerschaft der Klägerin begründet habe, und die Missbräuchlichkeit habe sich erst dann ergeben. Die Missbräuchlichkeit einer Kündigung besteht im Übrigen unabhängig davon, ob der missbräuchliche Kündigungsgrund vom Kündigenden in der Begründung offengelegt wird. Deshalb kann ohnehin nicht gesagt werden, die Missbräuchlichkeit einer Kündigung ergebe sich erst, wenn der missbräuchliche Grund in der Begründung angegeben werde oder wenn er auf sonstige Weise deutlich werde.

Zudem kann auch nicht argumentiert werden, die Missbräuchlichkeit ergebe sich erst, wenn der Gekündigte Kenntnis von seinen Rechten im Falle von missbräuchlicher Kündigung erlangt. Das Argument, sie habe zum Zeitpunkt des Erhalts der Kündigung nicht gewusst, dass sie sich wehren könne, hilft der Klägerin daher nicht weiter.

Mithin ist nicht ersichtlich, inwiefern ein Ausnahmefall vorliegen sollte, auf den die gesamte von der Vorinstanz herangezogene Literatur und Rechtsprechung nicht anwendbar sein sollte.

b) Soweit die Klägerin ihr Argument, die Missbräuchlichkeit habe sich erst nach Ablauf der Kündigungsfrist ergeben, auf den Umstand stützt, dass sie erst dann eine Kündigungsbegründung erhalten habe, ist ihr entgegenzuhalten, dass die Frage der Konsequenzen einer in diesem Sinne zu spät erfolgten Begründung der Kündigung, von der Lehre durchaus – wenn auch kontrovers – behandelt wird:

aa) In der Literatur wird argumentiert, die Frist zur Erhebung der Einsprache sei – zumindest unter gewissen Voraussetzungen – zu verlängern, wenn der Kündigende die Kündigung nicht rechtzeitig schriftlich begründe (Vischer, Der Arbeitsvertrag, 3. Auflage 2005, S. 247; Portmann, Basler Kommentar, OR I, 4. Auflage 2007, N 1 zu Art. 336b OR; Humbert, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Diss. Zürich 1991, S. 113). Eine solche Erstreckung ist jedoch umstritten und wird, wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, von der wohl herrschenden Lehre abgelehnt (vgl. überdies Staehelin, Zürcher Kommentar, 3. Auflage 1996, N 3 zu Art. 336b OR; Geiser, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, BJM 1994 S. 169 ff., S. 177; Zoss, la résiliation abusive du contrat du travail, Diss. Lausanne 1997, S. 310).

bb) Nach dem Gesagten gibt es keinen Raum für die Argumentation der Klägerin, das Einspracheerfordernis entfalle ganz, wenn der gekündigte Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Kündigungsfrist im Unklaren darüber sei, wie der Arbeitgeber die Kündigung begründe. Die Literatur setzt sich mit der Frage auseinander, was in einem solchen Fall zu gelten habe, und bereits eine Erstreckung der Einsprachefrist wird wie gesehen mehrheitlich abgelehnt. Umso weniger könnte ein völliges Absehen vom Einspracheerfordernis vertreten werden, sondern es kann höchstens eine Erstreckung diskutiert werden. Eine Verlängerung der Frist bis zum 23. Januar 2007 – dem Datum, an welchem die Klägerin schriftlich eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung verlangte (auch die Klägerin behauptet nicht, früher eine schriftliche Einsprache erhoben zu haben) – würde den Rahmen einer angemessenen Erstreckung jedoch bei weitem sprengen, nachdem die am 23. November 2006 ausgesprochene Kündigung am 28. November 2006 begründet wurde und die anwendbare Kündigungsfrist 2 Tage betrug (vgl. vorstehend I./1./a.). Selbst die von Humbert in seiner Dissertation aus dem Jahr 1991 in Analogie zu Art. 273 Abs. 1 OR geforderte 30tägige Mindestfrist für die Einsprache, die sich in Lehre und Rechtsprechung nicht durchzusetzen vermochte, hätte die Klägerin nicht gewahrt (vgl. Humbert, a.a.O., S. 113).

Auch bei Bejahung einer Erstreckung der Einsprachefrist infolge verspäteter Kündigungsbegründung müsste die Einsprache der Klägerin daher mit der Vorin-

stanz als verspätet betrachtet werden. Die Frage, ob eine solche Erstreckung gewährt werden kann, kann nach dem Gesagten offen bleiben. Gleiches gilt für die von der Beklagten verneinte Frage, ob das Schreiben der Klägerin vom 23. Januar 2007 als Einsprache verstanden werden kann.

cc) Aus dem gegen die Argumentation betreffend Erstreckung der Einsprachefrist vorgebrachten Einwand, nach Ablauf der Kündigungsfrist sei ein Festhalten am Einspracheerfordernis sinnlos, und eine Erstreckung der Frist mache daher keinen Sinn, vermag die Klägerin nichts für sich abzuleiten. Die Klägerin verkennt mit diesem Argument, dass das Einspracheerfordernis neben dem von ihr genannten Zweck, die Parteien vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu einer Einigung zu bewegen, nach der von der Vorinstanz zutreffend wiedergegebenen Intention des Gesetzgebers auch der Rechtssicherheit dient, da es im Interesse beider Parteien des Arbeitsverhältnisses sei, im Sinne einer raschen Liquidation entsprechender Streitigkeiten möglichst bald Klarheit darüber zu haben, ob die ausgesprochene Kündigung angefochten werde oder nicht (Rehbinder, Berner Kommentar, Bern 1992, N 1 zu Art. 336b OR). An der Wertung, diesem Zweck der Rechtssicherheit ein grosses Gewicht beizumessen, hat die zuständige Nationalratskommission im Zusammenhang mit einer parlamentarischen Initiative aus dem Jahr 2004 festgehalten. Die erwähnte Initiative, welche das Einspracheerfordernis gemäss Art. 336b Abs. 1 OR aufheben wollte, wurde am 10. September 2004 von der Kommissionsmehrheit abgewiesen. Auf die diesbezüglichen zutreffenden Ausführungen und Verweisungen der Vorinstanz kann verwiesen werden. Da dieser zweite Zweck der Einsprache auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfüllt werden kann, wird das Einspracheerfordernis durch den Ablauf der Kündigungsfrist entgegen der Ansicht der Klägerin nicht sinnlos.

Auch das Argument, eine Erstreckung der Einsprachefrist würde dem klaren Wortlaut des Gesetzes widersprechen, da die Einsprache nach Art. 336b Abs. 1 OR längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist erfolgen müsse, spricht nicht zugunsten der Klägerin. Sie bringt damit einzig ein Argument gegen jegliche Erstreckung vor, welches umso mehr gegen ein völliges Absehen vom Einspra-

cheerfordernis spricht, da dadurch in höherem Masse vom Wortlaut des Gesetzes abgewichen würde als mit einer Erstreckung der Einsprachefrist.

c) aa) Auch aus der Kritik an der gesetzlichen Regelung, wonach eine Kündigung wegen Schwangerschaft erst nach Ablauf der Probezeit als nichtig zu betrachten sei (Art. 336c OR), während vor Ablauf der Probezeit eine Einsprache erforderlich sei (vgl. vorstehend II./3.), vermag die Klägerin sodann nichts für sich abzuleiten. Daran vermag auch der Hinweis auf die verpönte Kündigung wegen Schwangerschaft nichts zu ändern, da Art. 9 GIG die Geltung von Art. 336b OR und damit das Einspracheerfordernis ausdrücklich vorbehält.

Das Einspracheerfordernis stellt in der Tat eine Rechtswegbarriere dar. Dies wird jedoch vom Gesetzgeber, der wie vorstehend dargelegt (vgl. vorstehend II./3./b./cc.) in diesem Zusammenhang die Rechtssicherheit stark gewichtet, bewusst in Kauf genommen. Dieser gesetzgeberische Entscheid bindet die Rechtsprechung, trotz der von der Lehre teilweise dagegen vorgebrachten Kritik (Rehbinder, a.a.O., N 1 zu Art. 336b OR).

bb) Auch die kurze Dauer der Kündigungsfrist, während welcher nach Ansicht der Klägerin eine Einsprache praktisch gar nicht möglich gewesen wäre (vgl. vorstehend II./3.), führt nicht zu einem Entscheid zugunsten der Klägerin. Diesbezüglich ist der Klägerin entgegenzuhalten, dass die Praxis im Zusammenhang mit dem Schriftformerfordernis gemäss Art. 336b Abs. 1 OR wenig formalistisch ist, und dass die Einsprache nicht begründet werden muss, sondern es genügt, wenn der Gekündigte zum Ausdruck bringt, dass er mit der Kündigung nicht einverstanden sei (Streiff/von Känel, Arbeitsvertrag, 6. Auflage 2006, N 3 zu Art. 336b OR mit weiteren Nachweisen). Trotzdem mag der Klägerin zugute gehalten werden, dass zwei Tage eine kurze Frist darstellen, insbesondere angesichts des Umstands, dass die Einsprache vor Ablauf der Kündigungsfrist beim Kündigenden eintreffen muss (Streiff/von Känel, a.a.O., N 3 zu Art. 336b OR). Angesichts der dargelegten Gewichtung der Rechtssicherheit kann dennoch nicht gleich ganz vom Erfordernis der Einsprache abgesehen werden, sondern es kommt im Lichte der vorstehenden Erwägungen höchstens eine Verlängerung der Einsprachefrist in Frage. Dabei hätte der Klägerin wohl zugemutet werden können, wenigstens

innert der ordentlichen, in der Probezeit geltenden 7tägigen Kündigungsfrist (Art. 335b Abs. 1 OR) schriftlich bei der Beklagten Einsprache zu erheben. Maximal könnte die erwähnte 30tägige Mindestfrist vertreten werden, die sich aber wie bereits dargestellt in Lehre und Praxis nicht durchzusetzen vermochte (vgl. vorstehend II./3./b./bb.). Eine von der Klägerin am 23. Januar 2007 und damit zwei Monate nach Erhalt der Kündigung sinngemäss erhobene schriftliche Einsprache müsste selbst bei Anwendung dieser 30tägigen Frist als verspätet betrachtet werden, so dass die Frage, ob die Klägerin eine Verlängerung der Frist beanspruchen kann, letztlich offen bleiben kann.

4. a) Im Übrigen hat die Vorinstanz korrekt ausgeführt, dass das von der Klägerin telefonisch gestellte Begehren um Begründung der Kündigung mangels schriftlicher Form nicht als formgerechte Einsprache gelten könnte, selbst wenn ein blosses Begründungsbegehren inhaltlich als Einsprache gegen die Kündigung betrachtet werden könnte, was von der herrschenden Lehre abgelehnt wird. Die Formvorschrift könnte der Klägerin einzig dann nicht entgegengehalten werden, wenn das Beharren auf der schriftlichen Form bzw. auf der Einsprache als solche seitens der Beklagten rechtsmissbräuchlich erschiene (Streiff/von Känel, a.a.O., N 3 zu Art. 336b OR, mit weiteren Nachweisen). Tatsächliche Umstände, aufgrund welcher die Berufung der Beklagten auf die fehlende schriftliche Einsprache rechtsmissbräuchlich erscheinen könnte, hat die Klägerin jedoch nicht dargetan.

b) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass vom Einspracheerfordernis gemäss Art. 336b Abs. 1 OR nicht abgesehen werden kann, und dass die Klägerin auch dann zu spät Einsprache erhoben hätte, wenn ihr eine (umstrittene) Erstreckung der Einsprachefrist zugute gehalten würde. Insgesamt ist somit mit der Vorinstanz (vgl. vorstehend II./2./b.) gestützt auf die massgebliche Literatur und Rechtsprechung festzuhalten, dass die Klägerin einen allfälligen Entschädigungsanspruch mangels form- und fristgerechter Einsprache gegen die Kündigung verwirkt hat. Die Klage ist daher vollumfänglich abzuweisen, ohne dass auf die Frage der Missbräuchlichkeit der Kündigung einzugehen ist. [ ... ]