

## Nr. 2

**Urteil des Bundesgerichts, I. zivilrechtliche Abteilung, vom 2. November 2011 (4A\_215/2011)****Ungerechtfertigte fristlose Entlassung eines Krankenpflegers – vier Monatslöhne Entschädigung**

Das Verlassen einer Arbeitsstelle stellt zwar eine schwere Pflichtverletzung dar, ist jedoch kein Grund für eine fristlose Entlassung eines im Übrigen unbescholtenen Arbeitnehmers. Die Entschädigung von vier Monatslöhnen als Sanktion für eine ungerechtfertigte Entlassung wird vom Bundesgericht geschützt.

**Sachverhalt**

Ein Anästhesiepfleger arbeitete seit dem 1. Mai 1996 beim gleichen Arbeitgeber. Im März 2004 kam es zu persönlichen Problemen mit dem Vorgesetzten und im Februar 2006 zu einem heftigen Wortwechsel mit einem neuen Kollegen. Von diesen Vorfällen abgesehen, pflegte er gute Beziehungen zu seinen Arbeitskollegen, hatte jedoch Mühe, Kritik der Vorgesetzten zu ertragen. Am 29. November 2006 wurde dem Pfleger vorgeworfen, anlässlich einer Operation Material auf den Boden geworfen zu haben, worauf er seinen Vorgesetzten anschrie und die Arbeitsstelle verliess, obwohl er wusste, dass an diesem Tag alle Anästhesiepfleger ausgelastet waren und sich kaum Ersatz finden liess. Am gleichen Tag noch ging er zu seinem Arzt, der ihn zu 100% arbeitsunfähig schrieb. Die Arbeitgeberin eröffnete dem Pfleger ebenfalls am gleichen 29. November 2006 die fristlose Entlassung.

Am 19. Juni 2007 reichte der Pfleger gegen seinen Arbeitgeber Klage wegen missbräuchlicher fristloser Entlassung ein. Er forderte überdies Lohnfortzahlung für die Zeitspanne seit seiner Entlassung. Die Klage wurde vom erstinstanzlichen Gericht am 16. April 2010 gutgeheissen. Der Rekurs der Arbeitgeberin wurde vom Kantonsgericht des Kantons Waadt am 9. November 2010 abgelehnt. Mit Urteil vom 2. November 2011 lehnt das Bundesgericht die Beschwerde der Arbeitgeberin ab und verurteilt die Beschwerdeführerin zur Übernahme der Gerichtskosten von 4000 CHF und verpflichtet sie überdies zu einer Entschädigung der Gegenpartei von 5000 CHF.

**Erwägungen**

Nach Art. 337 Abs. 1 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen fristlos auflösen. Als wichtiger Grund gilt nach Art. 337 Abs. 2 OR «namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden

nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf».

In Erw. 3.3 ruft das Bundesgericht in Erinnerung, dass ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung nur unter restriktiven Bedingungen angenommen wird, nur ein schwerwiegendes Fehlverhalten des Arbeitnehmers rechtfertigt eine fristlose Entlassung; bei einem weniger schweren Fehlverhalten ist eine fristlose Entlassung nur nach vorangehender Verwarnung zulässig. Nach Art. 337 Abs. 3 OR prüft der Richter das Vorhandensein von Gründen, die eine fristlose Entlassung rechtfertigen, nach freiem Ermessen. Das Bundesgericht korrigierte einen solchen Ermessensentscheid der Vorinstanz nur bei fehlerhafter Rechtsanwendung oder bei einem Ergebnis mit schockierender Ungerechtigkeit.

Im Folgenden prüft das Bundesgericht, ob die Waadtländergerichte im konkreten Fall ihr Ermessen rechtmässig ausgeübt haben, wenn sie die fristlose Entlassung als ungerechtfertigt erachteten. In den Erwägungen wird festgehalten, dass der Pfleger im Rahmen einer Operation Material auf den Boden geworfen habe, sei entschuldbar und rechtfertige keine fristlose Entlassung. Demgegenüber stellt das sofortige Verlassen der Arbeitsstelle, ohne zu wissen, ob rechtzeitig Ersatz gefunden werden konnte, eine schwere Pflichtverletzung dar. Zu berücksichtigen seien indes die persönlichen Umstände des Arbeitnehmers, namentlich auch dessen der Arbeitgeberin bekannten privaten Schwierigkeiten. Dazu kommt, dass der Betroffene am gleichen Tag noch zum Arzt ging, arbeitsunfähig geschrieben und hospitalisiert wurde. Auch die zehnjährige Dienstreue des fristlos entlassenen Pflegers durfte von der Vorinstanz in die Gesamtwürdigung einbezogen werden. Vergeblich machte die beschwerdeführende Arbeitgeberin im Verfahren vor dem Bundesgericht geltend, die Waadtländerrichter hätten die objektive Schwere der Pflichtverletzung (das Verlassen der Arbeitsstelle, ohne sich um Ersatz zu kümmern) nicht angemessen gewürdigt.

Die Beschwerdeführerin rügte auch die Höhe der Entschädigung von vier Monatslöhnen. Das Bundesgericht ruft in Erw. 7.2 in Erinnerung, die Entschädigung habe sowohl Entschädigungs- wie Strafcharakter. Sie sei grundsätzlich in allen Fällen ungerechtfertigter fristloser Entlassungen geschuldet, nur bei Vorliegen spezieller Umstände könne darauf verzichtet werden. Der Richter setzt die Entschädigung unter Würdigung aller Umstände nach freiem Ermessen fest. Das Bundesgericht korrigiert den Ermessensentscheid des kantonalen Richters in der Regel nicht, so auch nicht im vorliegenden Fall. Zu Recht habe das kantonale Gericht berücksichtigt, dass der Arbeitnehmer aufgrund der Karenzfrist zum Bezug von Versicherungsleistungen gezwungen war, Unterstützung beim Sozialamt zu beziehen.

## Bemerkungen

Das Aussprechen einer fristlosen Kündigung durch die Arbeitgeberin ist mit erheblichen Risiken verbunden. Kommen die Gerichte zum Schluss, dass die fristlose Entlassung ungerechtfertigt war, hat der Gekündigte nach Art. 337c Abs. 1 OR «Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre». Zudem ist nach Art. 337c Abs. 3 OR eine Entschädigung geschuldet, die bis zu sechs Monatslöhne betragen kann. Während die Verpflichtung zur Ersatzzahlung nach Art. 337c Abs. 1 OR verhindern soll, dass die Arbeitgeberin durch die ungerechtfertigte fristlose Kündigung besser gestellt ist, als wenn sie unter Einhaltung der Sperrfristen die ordentliche Kündigung ausgesprochen hätte, soll die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR den Arbeitgeber vor leichtfertigen fristlosen Entlassungen abhalten (Pönalcharakter). Im vorliegenden Fall erachtete das Bundesgericht die Festsetzung einer Pönalentschädigung von vier Monatslöhnen durch die Vorinstanz als zulässig.

Eine fristlose Kündigung ist in aller Regel mit einem konfliktbehafteten Verhältnis verbunden und führt nicht selten zu einer Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers, so auch im vorliegenden Fall. Eine Arbeitsunfähigkeit dehnt den Ersatzanspruch um die durch die (hypothetische) Sperrfrist nach Art. 336c OR verlängerte ordentliche Kündigungsfrist aus, sofern und soweit noch ein Lohnfortzahlungsanspruch nach Art. 324a OR besteht. Im Falle des zu Unrecht fristlos entlassenen Pflegers, der sich im Entlassungszeitpunkt im zehnten Dienstjahr befand, bedeutet dies, dass auf der Basis der in der Romandie üblicherweise angewendeten «Berner Skala» ein Lohnfortzahlungsanspruch von vier Monaten pro Dienstjahr geschuldet war. Wenn sich die Arbeitsunfähigkeit über zwei Dienstjahre erstreckt, entsteht für das zweite Dienstjahr ein neuer Anspruch von gleicher Dauer. Bei langjährigen Dienstverhältnissen ist somit möglich, dass ein nach ungerechtfertigter Entlassung erkrankter Arbeitnehmer noch während neun Monaten einen Lohnanspruch hat (Maximale Sperrfrist nach Art. 336c OR von 180 Tagen plus die dreimonatige ordentliche Kündigungsfrist bei Arbeitsverhältnissen, die länger als neun Jahre dauern). Damit nicht genug; wenn ein Arbeitnehmer wegen der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung seinen Anspruch auf Lohnfortzahlung aus der Kollektivkrankentaggeldversicherung verliert, muss die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer auch für die ausfallenden Taggeldleistungen aufkommen oder aber die Prämien für die Einzelversicherung übernehmen. Zwar wird die Ersatzpflicht

des Arbeitgebers dadurch abgemildert, dass der Arbeitnehmer sich anrechnen lassen muss, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart oder was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat (Art. 337c Abs. 2 OR). Bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit als Folge der fristlosen Entlassung wird diese Reduktion der Ersatzpflicht kaum zum Zuge kommen, sieht man von den Taggeldleistungen ab, die durch die Kollektivkrankentaggeldversicherung der Arbeitgeberin erbracht und selbstverständlich angerechnet werden.

In Konstellationen wie der vorliegenden kann eine ungerechtfertigte fristlose Entlassung den Arbeitgeber insgesamt weit über ein Jahresgehalt kosten (maximal sechs Monatslöhne Pönalentschädigung und maximal neun Monate Ersatzanspruch). Es ist deshalb angebracht, fristlose Kündigungen nur bei gravierenden Vorkommnissen wie etwa einer strafbaren Handlung zum Nachteil des Arbeitgebers, übler Beschimpfung des Arbeitgebers oder von Kunden/innen, inakzeptablem Verhalten gegenüber Arbeitskollegen/innen wie etwa sexuellen Belästigungen, schwerer Beeinträchtigung des Ansehens des Unternehmens oder gravierenden Verstössen gegen die Verschwiegenheitspflicht auszusprechen. Bei einer erstmaligen Verletzung der Arbeitspflicht ist eine fristlose Kündigung im Lichte des hier besprochenen Entscheides in der Regel unrechtmässig. Richtigerweise muss zuerst eine Verwarnung ausgesprochen werden, in der die Konsequenz einer fristlosen Entlassung im Wiederholungsfalle angedroht wird.

*Kurt Pärli*