

# Die Beendigung des Arbeitsvertrags im schweizerischen Recht\*

## I. Allgemeines zum schweizerischen Arbeitsrecht

Die meisten Arbeitsverhältnisse in der Schweiz sind *privatrechtlicher Natur*. Der Kern ihrer Regelung findet sich im Obligationenrecht,<sup>1</sup> einem Gesetzbuch, das neben allgemeinen Grundsätzen auch zahlreiche andere Vertragstypen<sup>2</sup> sowie die Gesellschaftsformen des Handelsrechts regelt.<sup>3</sup> Für das Arbeitsrecht sind aber auch viele andere Gesetze von Bedeutung, so etwa das Gleichstellungsgesetz betreffend die Gleichbehandlung von Frau und Mann,<sup>4</sup> das Datenschutzgesetz,<sup>5</sup> das auch die Bearbeitung der Daten von Arbeitnehmern durch den Arbeitgeber regelt, sowie etwa das Mitwirkungsgesetz,<sup>6</sup> das die Mitwirkung der Arbeitnehmer im Betrieb betrifft.

Kompliziert ist die Rechtslage bei den Arbeitsverhältnissen, die *öffentlichrechtlicher Natur* sind. Sowohl der schweizerische Bundesstaat wie auch die 26 Kantone, viele Gemeinden und zahllose öffentlichrechtliche Anstalten haben für ihre Angestellten jeweils separate Arbeitsrechte erlassen. Das führt dazu, dass allein in der Schweiz ungefähr 2'000 verschiedene Arbeitsrechte für die Angestellten des öffentlichen Dienstes gelten. Der vorliegende Beitrag befasst sich nicht mit den öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen.

*Rechtliche Streitigkeiten* zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern werden in erster Instanz in der Regel von spezialisierten Arbeitsgerichten der Bezirke entschieden. Bei genügend hohen Streitwerten kann ein Urteil an die kantonalen Obergerichte und schließlich an das schweizerische Bundesgericht weitergezogen werden.<sup>7</sup> Das Verfahren richtet sich nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung.<sup>8</sup> Diese ist erst seit dem Jahr 2011 in Kraft; vorher hatte jeder der 26 Kantone eine eigene Zivilprozessordnung, was das Prozessieren in der Schweiz stark erschwerte. Für den Prozess in Arbeitssachen bis

---

\* Leicht überarbeitete und mit Anmerkungen versehene Fassung des Vortrags, den der Verfasser am 7. Mai 2013 an der Universität Pécs gehalten hat.

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR), SR (= Systematische Rechtssammlung) 220.

<sup>2</sup> Z.B. Kaufvertrag, Mietvertrag, Werkvertrag usw.

<sup>3</sup> Z.B. Aktiengesellschaft, Kollektivgesellschaft, Genossenschaft usw.

<sup>4</sup> Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG), SR 151.1.

<sup>5</sup> Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG), SR 235.1.

<sup>6</sup> Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz), SR 822.14.

<sup>7</sup> Das Bundesgericht ist das höchste schweizerische Gericht und befasst sich grundsätzlich nur mit Rechtsfragen.

<sup>8</sup> Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO), SR 272.

zu einem Streitwert von 30.000 Franken sieht die schweizerische Zivilprozessordnung verschiedene Erleichterungen vor. So werden grundsätzlich keine Gerichtskosten auferlegt<sup>9</sup> und es gilt ein vereinfachtes Verfahren.<sup>10</sup> Für den Weiterzug eines Urteils an das Bundesgericht und das entsprechende Verfahren gibt es ein besonderes Gesetz.<sup>11</sup>

Das schweizerische Arbeitsrecht unterscheidet zwischen *befristeten* und *unbefristeten Arbeitsverhältnissen*. Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis endet grundsätzlich durch ordentliche Kündigung.<sup>12</sup> Ein befristetes Arbeitsverhältnis endet ohne Kündigung, das heißt durch bloßen Zeitablauf.<sup>13</sup> Beide Arten von Arbeitsverhältnissen können sodann durch eine außerordentliche, das heißt grundsätzlich eine fristlose Kündigung,<sup>14</sup> durch einen Aufhebungsvertrag<sup>15</sup> oder durch den Tod des Arbeitnehmers beendet werden.<sup>16</sup>

## II. Die ordentliche Kündigung

### 1. Im Allgemeinen

Mit der ordentlichen Kündigung wird der Wille erklärt, das Arbeitsverhältnis einseitig und ex nunc unter Einhaltung der vorgeschriebenen Fristen und Termine

<sup>9</sup> Art. 113 Abs. 2 lit. d und Art. 114 lit. c ZPO.

<sup>10</sup> Art. 243 Abs. 1 ZPO.

<sup>11</sup> Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG), SR 173.110.

<sup>12</sup> Art. 335 Abs. 1 OR; URS CH. NEF, Aktuelle Probleme im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz, SJZ 88/1992, 97 ff., 98; WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Rz (= Randziffer) 659; MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/2, Kommentar zu Art. 331–355 OR, Bern 1992, Art. 335 Rz 13; ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Bd. V/2/c, Kommentar zu Art. 319–330a OR, Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 319 Rz 16; OLIVIER SUBILIA/JEAN-LOUIS DUC, Droit du travail, éléments de droit suisse, 2. Aufl., Lausanne 2010, Art. 335 Rz 2; FRANK VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., Basel 2005, 229; RÉMY WYLER, Droit du travail, 2. Aufl., Bern 2008, 439.

<sup>13</sup> Art. 334 Abs. 1 OR; CHRISTIANE BRUNNER/JEAN-MICHEL BÜHLER/JEAN-BERNARD WAEBER/CHRISTIAN BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005, Art. 334 Rz 4; VINCENT CARRON, Commentaire du contrat de travail, Bern 2013, Art. 334 Rz 5; NEF (Fn. 12), 98; PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 12), Rz 660; REHBINDER (Fn. 12), Art. 334 Rz 8; STAEHELIN (Fn. 12), Art. 319 Rz 16; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 334 Rz 2; SUBILIA/DUC (Fn. 12), Art. 334 Rz 2; VISCHER (Fn. 12), 225.

<sup>14</sup> Art. 337 Abs. 1 OR; WERNER GLOOR, Commentaire du contrat de travail, Bern 2013, Art. 337 Rz 2; WOLFGANG PORTMANN, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 337 Rz 1; REHBINDER (Fn. 12), Art. 334 Rz 8; STREIFF/VON KAENEL/ RUDOLPH (Fn. 13), Art. 334 Rz 4; SUBILIA/DUC (Fn. 12), Art. 337 Rz 2; VISCHER (Fn. 12), 224.

<sup>15</sup> ALINE BONARD, Commentaire du contrat de travail, Bern 2013, Art. 335 Rz 14; JÜRIG BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Art. 319–343 OR, 2. Aufl., Bern 1996, Art. 335 Rz 7; WOLFGANG PORTMANN, Der Aufhebungsvertrag im Individualarbeitsrecht, in: Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell, Zürich/Basel/Genf 2002, 355 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 13), Art. 335 Rz 10; VISCHER (Fn. 12), 224; ADRIAN VON KAENEL, Die Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung (Art. 337c Abs. 3 OR), Diss. Zürich, Bern 1996, 60; WYLER (Fn. 12), 455.

<sup>16</sup> Art. 338 Abs. 1 OR.

aufzuheben.<sup>17</sup> Wie der Abschluss des Arbeitsvertrags<sup>18</sup> kann auch die Kündigung ohne Einhaltung einer bestimmten Form erfolgen,<sup>19</sup> sofern nicht eine solche vereinbart wurde. Mit anderen Worten kann eine Kündigung auch mündlich oder sogar durch konkludentes Verhalten ausgesprochen werden. Allerdings muss die kündigende Partei die Kündigung schriftlich begründen, wenn die andere Partei dies verlangt.<sup>20</sup> Dieses Mittel kann nützlich sein, um zu überprüfen, ob die Kündigung zulässig ist.<sup>21</sup>

Das Gesetz schreibt *minimale Kündigungsfristen* vor, deren Länge von der Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängt. Im ersten Dienstjahr beträgt die Kündigungsfrist einen Monat, im zweiten bis und mit dem neunten Dienstjahr sind es zwei Monate und nachher drei Monate.<sup>22</sup> Die Kündigung ist jeweils auf das Ende eines Monats zulässig. Während der Probezeit, die von Gesetzes wegen einen Monat beträgt, aber vertraglich auf maximal drei Monate ausgedehnt werden darf, gilt grundsätzlich eine Kündigungsfrist von sieben Tagen.<sup>23</sup>

Die Kündigungsfristen können vertraglich verlängert werden. Zu beachten ist aber der Grundsatz der *Kündigungsparität*. Für den Arbeitgeber und den Arbeitnehmer dürfen vertraglich keine unterschiedlichen Kündigungsfristen festgesetzt werden; bei widersprechender Abrede gilt für beide die längere Frist.<sup>24</sup> Hat jedoch der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt oder eine entsprechende Absicht kundgetan, so dürfen für den Arbeitnehmer kürzere Kündigungsfristen vereinbart werden.<sup>25</sup> Dies ermöglicht es dem Arbeitnehmer, einen unsicher gewordenen Arbeitsplatz bei günstiger Gelegenheit vorzeitig zu verlassen.<sup>26</sup>

Charakteristisch für das schweizerische Arbeitsrecht ist, dass die ordentliche Kündigung ohne besonderen Grund ausgesprochen werden darf. Mit anderen Worten

<sup>17</sup> PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 12), Rz 657.

<sup>18</sup> Art. 320 Abs. 1 OR.

<sup>19</sup> GABRIEL AUBERT, *Commentaire romand, Code des obligations I*, 2. Aufl., Basel 2012, Art. 335 Rz 3; BONARD (Fn. 15), Art. 335 Rz 6; DANIEL BRAND ET AL., *Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht*, Kommentar zu Art. 319–346a, 361–362 OR, Muri-Bern 1991, Art. 335 Rz 7; BRÜHWILER (Fn. 15), Art. 335 Rz 6; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (Fn. 13), Art. 335 Rz 8; KURT PÄRLI, *Die arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit zwischen Mythos und Realität*, AJP 2010, 715 ff., 718; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 13), Art. 335 Rz 8; SUBILIA/DUC (Fn. 12), Art. 335 Rz 6; VISCHER (Fn. 12), 229; WYLER (Fn. 12), 439.

<sup>20</sup> Art. 335 Abs. 2 OR.

<sup>21</sup> BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (Fn. 13), Art. 335 Rz 16; ADRIAN STAEHELIN/FRANK VISCHER, *Zürcher Kommentar*, Bd. V/2/c, Kommentar zu Art. 319–355, 361–362 OR, Zürich 1996, Art. 335 Rz 31; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 13), Art. 335 Rz 13; WYLER (Fn. 12), 451.

<sup>22</sup> Art. 335c Abs. 1 OR.

<sup>23</sup> Art. 335b Abs. 1 und 2 OR.

<sup>24</sup> Art. 335a Abs. 1 OR.

<sup>25</sup> Art. 335a Abs. 2 OR.

<sup>26</sup> AUBERT (Fn. 19), Art. 335a Rz 2; PORTMANN, *Basler Kommentar* (Fn. 14), Art. 335a Rz 7; WYLER (Fn. 12), 445. Entsprechende Vereinbarungen dürfen entgegen dem Gesetzeswortlaut schon vor der Kündigung bzw. deren Ankündigung getroffen werden, BRÜHWILER (Fn. 15), Art. 335a Rz 2; REHBINDER (Fn. 12), Art. 335a Rz 4; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 13), Art. 335a Rz 5; VISCHER (Fn. 12), 233.

gilt das *Prinzip der Kündigungsfreiheit*,<sup>27</sup> auf das sich auch der Arbeitgeber berufen darf. Darin besteht ein wesentlicher Unterschied zu den Arbeitsrechten zahlreicher anderer Länder sowie zu dem (durch die Schweiz nicht ratifizierten) Übereinkommen Nr. 158 der ILO, nach dessen Art. 4 das Arbeitsverhältnis seitens des Arbeitgebers nur dann beendet werden darf, wenn ein triftiger Grund hierfür vorliegt, der mit der Fähigkeit oder dem Verhalten des Arbeitnehmers zusammenhängt oder sich auf die Erfordernisse der Tätigkeit des Unternehmens, Betriebs oder Dienstes stützt.<sup>28</sup> Auch in der Schweiz gilt indessen das Prinzip der Kündigungsfreiheit nicht unbeschränkt. Wie erwähnt braucht es zwar keinen bestimmten Kündigungsgrund, doch darf die Kündigung wegen eines bestimmten Grundes nicht als missbräuchlich erscheinen. Diese Schranke wird als sachlicher Kündigungsschutz bezeichnet. Ausserdem gibt es auch noch einen zeitlichen Kündigungsschutz, gemäß dem während einer gewissen Zeit, zum Beispiel während einer Krankheit, nicht gekündigt werden darf.

## 2. Sachlicher Kündigungsschutz

Der sachliche Kündigungsschutz richtet sich gegen missbräuchliche Kündigungen. Das Gesetz enthält eine Liste von acht Gründen, die eine Kündigung missbräuchlich machen.<sup>29</sup> Im Folgenden sollen drei davon exemplarisch behandelt werden.

- Missbräuchlich ist zunächst eine Kündigung, die wegen einer *Eigenschaft* ausgesprochen wird, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht.<sup>30</sup> Zu diesen Eigenschaften gehören zum Beispiel das Alter, die Staatsangehörigkeit oder der Gesundheitszustand einer Person.<sup>31</sup> Eine Kündigung aus einem solchen Grund wird als *Diskriminierungskündigung* bezeichnet.<sup>32</sup> Die Missbräuchlichkeit fällt indessen dahin, wenn die fragliche Eigenschaft in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht oder die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt.<sup>33</sup> Die Gerichte im Kanton Genf zum Beispiel hatten sich mit zwei ähnlichen Fällen zu befassen, die allerdings unterschiedlich entschieden wurden. Im einen Fall liess sich ein Arbeitnehmer nach einer gewissen Zeit einen Bart wachsen, was den Arbeitgeber zu einer Kündigung veranlasste. Diese Kündigung wurde vom Gericht als missbräuchlich bewertet.<sup>34</sup> Im anderen

<sup>27</sup> BGE (= Bundesgerichtsentscheid) 138 I 113 Erw. (= Erwägung) 6.4.3.

<sup>28</sup> [https://s3.amazonaws.com/normlex/normlexexotic/DE/DE\\_C158.htm](https://s3.amazonaws.com/normlex/normlexexotic/DE/DE_C158.htm) (Stand: 15. Juli 2013).

<sup>29</sup> Art. 336 Abs. 1 lit. a-e und Abs. 2 lit. a-c OR.

<sup>30</sup> Art. 336 Abs. 1 lit. a OR.

<sup>31</sup> AUBERT (Fn. 19), Art. 336 Rz 6; ROLAND BERSIER, La résiliation abusive du contrat de travail (art. 336 336b CO), RSJ 89/1993, 313 ff., 315; BRAND ET AL. (Fn. 19), Art. 336 Rz 4; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (Fn. 13), Art. 336 Rz 4; PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 12), Rz 689; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 13), Art. 336 Rz 5; VISCHER (Fn. 12), 238; WYLER (Fn. 12), 540 ff.

<sup>32</sup> PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 12), Rz 689.

<sup>33</sup> So der Gesetzestext.

<sup>34</sup> CAPH GE (= Chambre d'appel des prud'hommes des Kantons Genf) in SAE (= Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheide) 1997, 53.

Fall band ein Arbeitnehmer, der mit Kunden zu tun hatte, seine langen Haare zu einem „Rossschwanz“ zusammen. Hier wurde die Kündigung wegen des „Rossschwanzes“ vom Gericht als zulässig beurteilt. Es sei für einen guten Geschäftsgang unabdingbar, den Erwartungen der Kundschaft auch in Bezug auf das Erscheinungsbild zu entsprechen, „um sie nicht zu schockieren“.<sup>35</sup>

- Missbräuchlich ist sodann eine Kündigung, weil die andere Partei ein *verfassungsmäßiges* Recht ausübt; auch hier jedoch kann die Missbräuchlichkeit dahinfallen, wenn die Ausübung des verfassungsmäßigen Rechts eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis verletzt oder wenn sie die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt.<sup>36</sup> In der Praxis geht es hier oft um das verfassungsmäßige Recht auf freie Meinungsäußerung.<sup>37</sup> Ein Beispiel: Ein Arbeitnehmer in einem Restaurant hatte den Geldbeutel eines guten Kunden gefunden und zurückgegeben. Im Geldbeutel waren mehr als 6'000 Franken. Der Kunde, ein Rechtsanwalt, gab dem Arbeitnehmer aber nur 15 Franken als Finderlohn. Der Arbeitnehmer veranlasste darüber einen Beitrag in einer Zeitung, worin er sich über den Geiz des Rechtsanwalts beschwerte. Dieser wurde zwar nicht mit seinem Namen in der Zeitung genannt; er erkannte aber, dass er gemeint war und ging deshalb nie mehr in dieses Restaurant. Die Genfer Gerichte sahen im Verhalten des Arbeitnehmers eine Verletzung der Treuepflicht, da er ohne berechtigtes Interesse einen Kunden schwer verärgert habe. Daher betrachteten sie seine Entlassung als nicht missbräuchlich.<sup>38</sup>
- Missbräuchlich ist außerdem eine Kündigung, weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht.<sup>39</sup> Aus dieser Formulierung ergibt sich, dass der geltend gemachte Anspruch nicht unbedingt bestehen muss. Der Kündigungsschutz wird einer Partei schon dann gewährt, wenn sie nach Treu und Glauben davon ausgehen darf, dass sie einen Anspruch hat.<sup>40</sup> Eine Kündigung wegen der Geltendmachung eines solchen Anspruchs wird als *Rachekündigung* bezeichnet.<sup>41</sup> Ein Beispiel aus der Gerichtspraxis: Ein Arbeitnehmer wehrte sich gegen eine Weisung des Arbeitgebers, zum wiederholten Mal auf die geplanten Ferien zu verzichten. Mit anderen Worten machte der Arbeitnehmer einen berechtigten Anspruch auf die ihm zustehenden Ferien geltend, wurde aber deshalb entlassen. Diese Entlassung wurde vom Bundesgericht richtigerweise als missbräuchlich beurteilt.<sup>42</sup>

<sup>35</sup> CAPH GE, in: Gabriel Aubert (Hrsg.), 700 arrêts sur le contrat de travail, unveröffentlichtes Manuskript, Zürich 2001, Nr. 392.

<sup>36</sup> Art. 336 Abs. 1 lit. b OR.

<sup>37</sup> Dieses wird gewährleistet durch Art. 16 Abs. 2 BV (= Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101).

<sup>38</sup> CAPH GE, in: Aubert (Fn. 35), Nr. 393.

<sup>39</sup> Art. 336 Abs. 1 lit. d OR.

<sup>40</sup> BGE 123 III 246 Erw. 4d.

<sup>41</sup> BGE 123 III 246 Erw. 3a; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (Fn. 13), Art. 336 Rz 7; STAEHELIN/VISCHER (Fn. 21), Art. 336 Rz 24; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 13), Art. 336 Rz 8; SUBILIA/DUC (Fn. 12), Art. 336 Rz 30; VISCHER (Fn. 12), 242.

<sup>42</sup> BGer (= Bundesgericht), JAR (= Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts) 1997, 162.

In der Mehrzahl der Gründe, die eine Kündigung missbräuchlich machen, fällt die Formulierung des Gesetzes auf, wonach die Kündigung der *einen Partei* wegen eines bestimmten Grundes bei der *anderen Partei* missbräuchlich ist.<sup>43</sup> Darin kommt eine Eigenart des schweizerischen Arbeitsrechts zum Ausdruck: Missbräuchlich kann die Kündigung beider Parteien sein. Mit anderen Worten gewährt das Gesetz auch dem Arbeitgeber Schutz gegen missbräuchliche Kündigungen durch die Arbeitnehmer. Dieser Schutz ist allerdings in der Praxis bedeutungslos; es gibt kaum Gerichtsurteile dazu. In den im vorliegenden Beitrag gewählten Beispielen geht es daher stets um den Kündigungsschutz der Arbeitnehmer.

Das Bundesgericht betrachtet die Liste der missbräuchlichen Kündigungsgründe im Gesetz als nicht abschliessend. Es hat daher auch in *weiteren Fällen* die Missbräuchlichkeit von Kündigungen bejaht, wobei es voraussetzt, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der im Gesetz ausdrücklich genannten Gründe vergleichbar ist.<sup>44</sup> Das ist dann nicht problematisch, wenn diese Fälle klassischen Mustern des Rechtsmissbrauchs entsprechen,<sup>45</sup> zum Beispiel einem krassen Missverhältnis der Interessen,<sup>46</sup> einer zweckwidrigen Rechtsausübung<sup>47</sup> oder einer Ausnutzung eigenen vertrags- oder rechtswidrigen Verhaltens.<sup>48</sup> Dazu ein paar Fälle aus der Rechtsprechung:

- Ein Mitarbeiter in einer Bank beging rechtswidrige Handlungen. Dadurch wurde das Ansehen der Bank bei ihren Kunden und in der Öffentlichkeit beeinträchtigt. Um dieses Ansehen wieder herzustellen, kündigte die Bank dem Direktor der entsprechenden Abteilung, obwohl diesen selbst kein Verschulden traf und er während 26 Jahren nur beste Qualifikationen erhalten hatte. Damit drängte ihn die Bank in die Rolle eines „Sündenbocks“. Das Bundesgericht qualifizierte die Entlassung des Direktors als missbräuchliche Kündigung.<sup>49</sup> Das ist zutreffend, da es dem Arbeitgeber in der Sache gar nicht darum ging, in Zukunft keine Arbeitsleistungen des Direktors mehr entgegenzunehmen, sondern darum, eine reine Außenwirkung bei den Kunden und in der Öffentlichkeit zu erzielen.<sup>50</sup> Das Verhalten des Arbeitgebers stellte somit eine *zweckwidrige Rechtsausübung* dar.<sup>51</sup>
- Erbringt ein Arbeitnehmer nicht mehr eine genügende Arbeitsleistung, so ist eine Kündigung grundsätzlich zulässig.<sup>52</sup> Ist hingegen die ungenügende Arbeitsleistung

<sup>43</sup> Art. 336 Abs. 1 lit. a–e OR.

<sup>44</sup> BGE 136 III 513 Erw. 2.3.

<sup>45</sup> Vgl. dazu WOLFGANG PORTMANN, Der sachliche Kündigungsschutz im Licht des Rechts auf freie Wahl des Arbeitsplatzes, in: Festschrift für Dieter Reuter, Berlin/New York 2010, 752 ff.

<sup>46</sup> MAX BAUMANN, Zürcher Kommentar, Band I/1, Zürich 1998, Art. 2 Rz 302 ff.

<sup>47</sup> BAUMANN (Fn. 46), Art. 2 Rz 323 ff.

<sup>48</sup> BAUMANN (Fn. 46), Art. 2 Rz 248 ff.

<sup>49</sup> BGE 131 III 535.

<sup>50</sup> PORTMANN, FS Reuter (Fn. 45), 755.

<sup>51</sup> BGE 132 III 115 Erw. 2.4.

<sup>52</sup> MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/1, Einleitung und Kommentar zu Art. 319–330b OR, Bern 2010, Art. 321e Rz 14.

eine Folge von Mobbing, so ist die Kündigung missbräuchlich, wenn der Arbeitgeber nichts gegen das Mobbing durch andere Arbeitnehmer unternimmt oder wenn er sogar das Mobbing selbst veranlasst hat.<sup>53</sup> Die Entlassung des gemobbten Arbeitnehmers erweist sich in diesem Fall als *Ausnutzung eines eigenen vertragswidrigen Verhaltens* des Arbeitgebers, was einen typischen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs darstellt. Denn der Arbeitgeber, der Mobbing nicht verhindert, verletzt seine Fürsorgepflicht und kann daher die Kündigung nicht mit den Folgen seiner eigenen Vertragsverletzung rechtfertigen.<sup>54</sup> Nach der Definition des Bundesgerichts ist Mobbing ein systematisches, feindliches, über einen längeren Zeitraum anhaltendes Verhalten, durch das eine Person an ihrem Arbeitsplatz isoliert, ausgegrenzt oder gar von ihrem Arbeitsplatz entfernt werden soll.<sup>55</sup>

- Grundsätzlich zulässig ist eine sogenannte *Änderungskündigung*. Sie ist in der Regel eine bedingte Kündigung durch den Arbeitgeber für den Fall, dass der Arbeitnehmer einer geplanten Verschlechterung der Arbeitsbedingungen nicht zustimmt.<sup>56</sup> Das Bundesgericht betrachtet indessen eine Änderungskündigung dann als missbräuchlich, wenn für die Änderung der Lohn- und Arbeitsbedingungen *keine betrieblichen oder marktbedingten Gründe* bestehen.<sup>57</sup> Diese Rechtsprechung ist aus drei Gründen problematisch. Erstens liegt hier keine anerkannte Kategorie des Rechtsmissbrauchs vor. Zweitens wird damit den Gerichten eine Aufgabe zugewiesen, die nicht ihrer Rolle entspricht,<sup>58</sup> denn die Frage, ob Lohnsenkungen aus wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt sind, ist vorwiegend ökonomischer Natur, so dass das Unternehmen einen gewissen Spielraum haben muss. Drittens, und das ist der wichtigste Punkt, wird sich hier der gutgemeinte Schutz der Arbeitnehmer in sein Gegenteil verkehren. Wenn nämlich solche Änderungskündigungen als missbräuchlich betrachtet werden, so werden die Arbeitgeber in zukünftigen Zweifelsfällen unbedingte Kündigungen aussprechen. Die betroffenen Arbeitnehmer verlieren dann auf jeden Fall ihren Arbeitsplatz. Lässt man hingegen solche Änderungskündigungen zu, so haben die Arbeitnehmer wenigstens die Wahl, ob sie für einen geringeren Lohn weiterarbeiten wollen oder ob sie ihren Arbeitsplatz aufgeben wollen. Das ist ein bemerkenswertes Beispiel, wie ein nicht durchdachter Arbeitnehmerschutz kontraproduktiv für die Arbeitnehmer sein kann.

Interessant und typisch für das schweizerische Arbeitsrecht ist die *Rechtsfolge* von missbräuchlichen Kündigungen. Auch eine missbräuchliche Kündigung löst in jedem Fall

<sup>53</sup> BGE 125 III 70 Erw. 2a.

<sup>54</sup> Ibidem.

<sup>55</sup> BGer, Urteil 2A.312/2004, Erw. 6.2.

<sup>56</sup> BONARD (Fn. 15), Art. 335 Rz 17 ff.; BRÜHWILER (Fn. 15), Art. 335 Rz 2; ROGER RUDOLPH, Aktuelle Fragen im Arbeitsrecht: Neuere Entwicklungen zum sachlichen Kündigungsschutz, TREX 2009, 152 ff., 153; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 13), Art. 335 Rz 3; SUBILIA/DUC (Fn. 12), Art. 335 Rz 14; VISCHER (Fn. 12), 231 f.; WYLER (Fn. 12), 441 f.

<sup>57</sup> BGE 123 III 246 Erw. 3b.

<sup>58</sup> TC FR (= Tribunal cantonal des Kantons Freiburg), JAR 1998, 194 Erw. 3b.

das Arbeitsverhältnis auf;<sup>59</sup> das heißt, es besteht weder ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung noch auf Wiederanstellung. Das Gesetz sieht nur eine Abfindungszahlung vor, eine sogenannte „Entschädigung“.<sup>60</sup> Diese wird vom Gericht unter Würdigung aller Umstände festgesetzt, darf aber den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entspricht.<sup>61</sup> Aus Sicht eines Arbeitnehmers, der seine Arbeitsstelle wegen einer missbräuchlichen Entlassung verliert, erscheint dieser Betrag als gering, vor allem wenn der Arbeitnehmer während längerer Zeit keine neue Stelle mehr findet. Auch aus Sicht der Arbeitgeber, vor allem der größeren Unternehmen, erscheint dieser Betrag als so gering, dass er oft keine abschreckende Wirkung hat. Die Regierung<sup>62</sup> hat deshalb eine Gesetzesvorlage ausgearbeitet, die den Höchstbetrag verdoppeln möchte.<sup>63</sup> Im Hinblick auf das kontroverse Echo in der Vernehmlassung wurde indessen beschlossen, später über die Weiterverfolgung dieses Gesetzgebungsprojekts zu entscheiden.<sup>64</sup>

Die Arbeitnehmer haben außerdem mit einer weiteren Hürde zu kämpfen. Wer eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung geltend machen will, muss gegen die Kündigung spätestens bis zum Ende der Kündigungsfrist bei der kündigenden Partei schriftlich *Einsprache* erheben.<sup>65</sup> Es gibt immer wieder Arbeitnehmer, die diese Frist verpassen. Die Einsprache gegen eine missbräuchliche Kündigung während der Probezeit ist auch bei einer verkürzten Kündigungsfrist spätestens bis zu deren Ende zu erheben, soweit dies möglich und zumutbar ist.<sup>66</sup> In einem Fall, in dem die Kündigungsfrist vertraglich auf nur drei Tage verkürzt worden war, urteilte das Bundesgericht trotzdem, die Erhebung der Einsprache innerhalb von drei Tagen wäre möglich und zumutbar gewesen.<sup>67</sup> Diese Regelung ist übertrieben streng und sollte zu Gunsten der Arbeitnehmer geändert werden. Hinzu tritt eine weitere Frist: Wird nicht innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Klage eingereicht, ist der Anspruch auf eine Entschädigung verwirkt.<sup>68</sup>

### 3. Zeitlicher Kündigungsschutz

Das schweizerische Arbeitsrecht kennt neben dem sachlichen auch einen zeitlichen Kündigungsschutz. Dieser bedeutet, dass der Arbeitgeber nach Ablauf der Probezeit

<sup>59</sup> AUBERT (Fn. 19), Art. 336a Rz 1; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (Fn. 13), Art. 336 Rz 1; DENIS G. HUMBERT, Die missbräuchliche Kündigung im Spannungsfeld zwischen Kündigungsfreiheit, Generalklausel von Art. 336 OR und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, AJP 2011, 1471 ff., 1473; PARLI (Fn. 19), 721; PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 12), Rz 700; SUBILIA/DUC (Fn. 12), Art. 336a Rz 3; VISCHER (Fn. 12), 245.

<sup>60</sup> Art. 336a Abs. 1 OR.

<sup>61</sup> Art. 336a Abs. 2 OR.

<sup>62</sup> Der Schweizerische Bundesrat, vgl. Art. 174 BV.

<sup>63</sup> BBl (= Bundesblatt) 2010, 6905.

<sup>64</sup> [www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2012/ref\\_2012-11-21.html](http://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2012/ref_2012-11-21.html) (Stand: 15. Juli 2013).

<sup>65</sup> Art. 336b Abs. 1 OR.

<sup>66</sup> BGE 136 III 96 Erw. 3.4.

<sup>67</sup> BGE 136 III 96 Sachverhalt und Erw. 4.4.

<sup>68</sup> Art. 336b Abs. 2 OR.

das Arbeitsverhältnis während gewissen zeitlichen Phasen nicht kündigen darf.<sup>69</sup> Diese Phasen betreffen vor allem Krankheit und Unfall, Schwangerschaft und Niederkunft sowie Militärdienst.<sup>70</sup> Die geschützte Zeit ist allerdings beschränkt. Bei Krankheit oder Unfall zum Beispiel besteht der Schutz im ersten Dienstjahr nur während 30 Tagen, vom zweiten bis und mit dem fünften Dienstjahr während 90 Tagen und ab dem sechsten Dienstjahr während 180 Tagen.<sup>71</sup> Das bedeutet also, dass nach Ablauf einer solchen Frist auch einem kranken Arbeitnehmer rechtmässig gekündigt werden darf.<sup>72</sup>

Die Rechtsfolge des zeitlichen Kündigungsschutzes ist anders als beim sachlichen Kündigungsschutz. Wird eine Kündigung während der geschützten Zeit ausgesprochen, so ist sie nichtig.<sup>73</sup> In einem solchen Fall muss der Arbeitgeber warten, bis die geschützte Zeit abgelaufen ist, und kann dann noch einmal kündigen. Fällt die geschützte Zeit hingegen zwischen die Kündigung und das Ende der Kündigungsfrist, so wird die Kündigungsfrist entsprechend verlängert.<sup>74</sup> Gilt für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses außerdem ein Endtermin, wie oft in der Praxis das Ende eines Monats, so endet das Arbeitsverhältnis erst am Monatsende nach der verlängerten Kündigungsfrist.<sup>75</sup> Diese Regelung hat namentlich zur Folge, dass schon eine kurze Krankheit von wenigen Tagen zur Verlängerung des Arbeitsverhältnisses um einen ganzen Monat führt.<sup>76</sup> In einem besonders gelagerten Fall konnte ein Arbeitnehmer sogar eine dreijährige Verlängerung des Arbeitsverhältnisses erreichen, obschon er nur ein paar Monate krank war. Der Grund lag darin, dass der konkrete Vertrag nur alle drei Jahre einen Kündigungstermin vorsah.<sup>77</sup> Solche extremen Folgen des zeitlichen Kündigungsschutzes sind unverhältnismässig und setzen falsche Anreize.

Wenn sich ein Arbeitsverhältnis infolge des zeitlichen Kündigungsschutzes verlängert, so bedeutet dies nicht automatisch, dass der Arbeitnehmer während dieser Zeit auch einen Lohnanspruch hat. Ein solcher besteht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur, wenn der Arbeitnehmer während des verlängerten Arbeitsverhältnisses tatsächlich arbeitet oder seine Arbeitsleistung wenigstens anbietet.<sup>78</sup> Das ist ein gefährliches Problem für alle Arbeitnehmer, die nicht wissen, dass das Gesetz einen zeitlichen Kündigungsschutz gewährt. Denn wer nicht weiß, dass sich sein Arbeitsverhältnis zum Beispiel bei Krankheit verlängert, kommt gar nicht auf die Idee, seine Arbeitsleistung weiterhin anzubieten. Hier sollte eine bessere Lösung zu Gunsten der Arbeitnehmer gefunden werden.

---

<sup>69</sup> Art. 336c OR.

<sup>70</sup> Art. 336c Abs. 1 lit. a-c OR.

<sup>71</sup> Art. 336c Abs. 1 lit. b OR.

<sup>72</sup> BGE 107 II 169.

<sup>73</sup> Art. 336c Abs. 2 Halbsatz 1 OR.

<sup>74</sup> Art. 336c Abs. 2 Halbsatz 2 OR.

<sup>75</sup> Art. 336c Abs. 3 OR.

<sup>76</sup> Vgl. zu dieser Problematik BGE 115 V 437 Erw. 3d; OGer TG (= Obergericht des Kantons Thurgau) mit Besprechung von ADRIAN VON KAENEL, Kurzkrankheit: Rechtsmissbrauch bei einer Berufung auf die Sperrfrist des Art. 336c OR?, ARV (= Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung) 2008, 191 ff.

<sup>77</sup> BGE 128 III 212 Erw. 3b mit Besprechung von WOLFGANG PORTMANN, Anwendbarkeit und Auswirkung des zeitlichen Kündigungsschutzes bei Arbeitsverträgen mit gestaffelter Laufzeit, ARV 2004, 238 ff.

<sup>78</sup> BGE 115 V 437 Erw. 5 und 6.

### III. Ausserordentliche Kündigung

#### 1. Im Allgemeinen

Mit der ausserordentlichen Kündigung wird der Wille erklärt, ein unbefristetes Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung der vorgeschriebenen Fristen und Termine oder ein befristetes Arbeitsverhältnis vor Ablauf der festen Vertragsdauer einseitig und ex nunc aufzuheben.<sup>79</sup> Da eine solche Aufhebung des Vertrags fast immer fristlos erfolgt, wird auch von der *fristlosen Kündigung* gesprochen.<sup>80</sup> Wie die ordentliche kann auch die ausserordentliche Kündigung ohne Einhaltung einer bestimmten Form erfolgen,<sup>81</sup> sofern nicht eine solche vereinbart wurde. Auch hier muss aber die kündigende Partei die Kündigung schriftlich begründen, wenn die andere Partei dies verlangt.<sup>82</sup> Eine fristlose Kündigung kann sowohl vom Arbeitgeber wie auch vom Arbeitnehmer ausgesprochen werden.<sup>83</sup>

Das Gesetz unterscheidet gerechtfertigte und ungerechtfertigte fristlose Kündigungen.<sup>84</sup> Eine fristlose Kündigung ist dann gerechtfertigt, wenn ein *wichtiger Grund* vorliegt.<sup>85</sup> Gemäss Gesetz gilt als wichtiger Grund jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein der kündigenden Partei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden darf.<sup>86</sup> Im Zentrum der Betrachtung steht also der unbestimmte Rechtsbegriff der *Zumutbarkeit*, was den Gerichten einen grossen Ermessensspielraum gibt. Grundsätzlich berechtigt nur eine besonders schwere Verfehlung einer Partei die andere Partei dazu, unmittelbar eine fristlose Kündigung auszusprechen. Bei weniger schweren Vertragsverletzungen muss der fristlosen Kündigung eine *Verwarnung* und eine neue gleichartige Vertragsverletzung vorausgehen.<sup>87</sup>

#### 2. Fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber

Eine unmittelbare fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber wird in der Regel als gerechtfertigt betrachtet, wenn der Arbeitnehmer während einer längeren Zeit der

<sup>79</sup> PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 12), Rz 744.

<sup>80</sup> Vgl. den Randtitel zu Art. 337 OR. Demgegenüber kommt es in der Praxis – wenn auch nur selten – vor, dass ein Arbeitgeber einem ausserordentlich entlassenen Arbeitnehmer eine sogenannte Sozialfrist von einigen Tagen gewährt, vgl. dazu STAEHELIN/VISCHER (Fn. 21), Art. 337 Rz 40.

<sup>81</sup> BRAND ET AL. (Fn. 19), Art. 337 Rz 6; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (Fn. 13), Art. 337 Rz 2; DENIS G. HUMBERT/ALFONS VOLKEN, *Fristlose Entlassung* (Art. 337 OR), AJP 2004, 564 ff., 571; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 13), Art. 337 Rz 4.

<sup>82</sup> Art. 337 Abs. 1 Halbsatz 2 OR.

<sup>83</sup> Art. 337 Abs. 1 Halbsatz 1 OR.

<sup>84</sup> Vgl. die Randtitel zu Art. 337b–337d OR.

<sup>85</sup> Art. 337 OR.

<sup>86</sup> Art. 337 Abs. 2 OR.

<sup>87</sup> BGE 127 III 310 Erw. 3.

Arbeit unentschuldigt fern bleibt,<sup>88</sup> wenn er eigenmächtig Ferien bezieht,<sup>89</sup> wenn er einen Diebstahl oder eine Veruntreuung zulasten des Arbeitgebers begeht,<sup>90</sup> wenn er das Ansehen des Arbeitgebers schwerwiegend beeinträchtigt,<sup>91</sup> wenn er Kunden oder Mitarbeiter abwirbt,<sup>92</sup> wenn er Schmiergelder verlangt oder annimmt,<sup>93</sup> wenn er wesentliche Geheimnisse des Betriebs verrät<sup>94</sup> oder wenn er den Arbeitgeber konkurrenziert.<sup>95</sup> Im Folgenden sollen ein paar interessante Sonderfälle betrachtet werden, in denen ein wichtiger Grund bejaht wurde.

- Eine *mangelhafte Arbeitsleistung* kann nur dann eine fristlose Kündigung rechtfertigen, wenn dem Arbeitnehmer entweder ein völliges berufliches Versagen vorgeworfen werden muss oder wenn die schlechte Leistung auf ein grobes Verschulden zurückzuführen ist.<sup>96</sup> Ein völliges berufliches Versagen wurde vom Arbeitsgericht Zürich bejaht, als der Koch eines Restaurants dreimal verdorbenes Essen ausgab. Der Koch behauptete zunächst, schuld sei der Kühlschrank und der Gehilfe in der Küche, der zu viel Essen vorbereitet habe. Im Prozess liess sich jedoch feststellen, dass der Koch verdorbene Lebensmittel nicht weggeworfen, sondern für die Gäste zubereitet hatte. Das Gericht befand, dass die Kontrolle der Lebensmittel zu den Aufgaben eines Kochs gehöre und seine fristlose Entlassung daher gerechtfertigt sei.<sup>97</sup>
- Gerechtfertigt war auch die fristlose Entlassung eines Lehrers an einer höheren Schule wegen eines *Plagiats*. Der Lehrer gab ein Werk unter seinem Namen heraus, obwohl er alles aus einem anderen Buch abgeschrieben hatte. Er hatte weder einen Hinweis auf den rechtmässigen Autor noch auf das kopierte Buch oder eine andere Quelle angebracht.<sup>98</sup>

<sup>88</sup> GLOOR (Fn. 14), Art. 337 Rz 29; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 13), Art. 337 Rz 5; WYLER (Fn. 12), 498 ff.; vgl. auch VON KAENEL (Fn. 15), 112 mit Fn. 424.

<sup>89</sup> BGE 108 II 301 Erw. 3b; ROMAN S. GUTZWILLER/MEINRAD VETTER, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der ausserordentlichen Beendigung von Dauerschuldverhältnissen, AJP 2010, 699 ff., 702.

<sup>90</sup> AUBERT (Fn. 19), Art. 337 Rz 6; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (Fn. 13), Art. 337 Rz 7; GUTZWILLER/VETTER (Fn. 89), 702; HUMBERT/VOLKEN (Fn. 81), 565; ROGER RUDOLPH, Bagatelldelikte am Arbeitsplatz: ein ausreichender Grund für eine fristlose Entlassung?, AJP 2010, 1516 ff., 1519; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 13), Art. 337 Rz 5; WYLER (Fn. 12), 494.

<sup>91</sup> BGer, JAR 1997, 198.

<sup>92</sup> BGE 123 III 257; MARKUS FRICK, Abwerbung von Personal und Kunden, Diss. Zürich, Bern 2000, 77; GUTZWILLER/VETTER (Fn. 89), 702.

<sup>93</sup> BGE 124 III 25 Erw. 3b.

<sup>94</sup> BGE 127 III 310 Erw. 5; GUTZWILLER/VETTER (Fn. 89), 702; MATTHIAS W. RICKENBACH, Die Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses, Diss. Zürich, Bern 2000, 131; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 13), Art. 337 Rz 5; URS WICKIHALDER, Die Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers, Diss. Zürich, Bern 2004, 52.

<sup>95</sup> AGER ZH (= Arbeitsgericht Zürich), JAR 2010, 683; OGer LU (= Obergericht Luzern), JAR 2000, 251 f.; AUBERT (Fn. 19), Art. 337 Rz 6; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ (Fn. 13), Art. 337 Rz 7; GUTZWILLER/VETTER (Fn. 89), 702; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 13), Art. 337 Rz 5.

<sup>96</sup> BGer, JAR 1999, 273.

<sup>97</sup> AGER ZH, JAR 1999, 275.

<sup>98</sup> BGer, JAR 1997, 198.

- Ebenfalls als gerechtfertigt wurde die fristlose Entlassung eines Gymnastiklehrers in einem Fitnessstudio gewertet, weil dieser ein *Liebesverhältnis* mit der Ehefrau eines Kunden unterhielt. Die Ehefrau war selbst auch Kundin des Fitnessstudios. Solche Beziehungen beeinträchtigen nach Ansicht des zuständigen Genfer Gerichts den moralischen Ruf eines Fitnessstudios.<sup>99</sup> Hingegen wurde ein ähnlicher Fall vom Bundesgericht anders entschieden. Eine Frau war einzige Aktionärin und Verwaltungsrätin und zugleich Geschäftsführerin einer Aktiengesellschaft. Die Geschäftsführerin entliess eine Angestellte fristlos, weil diese ein Liebesverhältnis mit dem Ehemann der Geschäftsführerin unterhielt. Das Bundesgericht betrachtete die fristlose Entlassung der Angestellten als ungerechtfertigt, weil die Ehe zwischen der Geschäftsführerin und ihrem Ehemann schon länger nicht mehr intakt war. Nicht massgebend war, dass sich der Arbeitsplatz der Angestellten im Wohnhaus der Geschäftsführerin befand.<sup>100</sup>
  
- Vor etwa zehn Jahren hatte das Bundesgericht seinen ersten *Whistleblowing-Fall* zu entscheiden. Eine Arbeitnehmerin in einem Pflegeheim war der Auffassung, dass für die Patienten des Heims sehr schlecht gesorgt wurde. Sie drehte daher ohne Wissen des Arbeitgebers nachts im Inneren des Heims einen Film, übergab diesen dem Schweizer Fernsehen und nahm an einer kritischen Fernsehsendung teil, in welcher der fragliche Film ausgestrahlt wurde. Die Arbeitnehmerin wurde daraufhin fristlos entlassen. Nach Auffassung des Bundesgerichts geschah dies zu Recht, denn es ging von einem schweren Verstoss gegen die Geheimhaltungspflicht aus. Das Gericht verlangt in solchen Fällen von den Arbeitnehmern, dass sie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahren, indem sie sich zunächst an den Arbeitgeber selbst und dann an die zuständige staatliche Behörde wenden; erst wenn diese untätig bleibt, dürfen gegebenenfalls die Medien informiert werden.<sup>101</sup>
  
- *Falsche Angaben im Bewerbungsgespräch* können den Arbeitgeber nicht nur zur Anfechtung des Arbeitsvertrags wegen absichtlicher Täuschung,<sup>102</sup> sondern auch zu einer fristlosen Entlassung berechtigen. Ein Arbeitnehmer bewarb sich als Direktor bei einer Bank. Im Bewerbungsgespräch hatte er wahrheitswidrig behauptet, er stehe in einem ungekündigten Vertragsverhältnis bei einer anderen Bank, er beziehe einen Jahreslohn von 180'000 Franken, verwalte und betreue Kundengelder in der Höhe zwischen 200 und 300 Millionen US-Dollar und habe sich während zehn Jahren in Abu Dhabi aufgehalten. In Wirklichkeit war er aber ohne Anstellung und bezog Arbeitslosengelder. Aufgrund dieser falschen Angaben erhielt er die neue Stelle. Nach einiger Zeit erfuhr die Bank die Wahrheit und entliess den Direktor fristlos. Obschon sie ihm attestierte, dass er sich sehr gründlich eingearbeitet habe, sehr aufgeschlossen sei, aktiv mitdenke und die ihm übertragenen Verantwortungen gewissenhaft wahrnehme, hiess das

---

<sup>99</sup> CAPH GE, JAR 2001, 310 f.

<sup>100</sup> BGE 129 III 380.

<sup>101</sup> BGE 127 III 310 Erw. 5.

<sup>102</sup> Art. 28 OR.

Bundesgericht die fristlose Entlassung gut. Es war der Ansicht, dass die falschen Angaben im Bewerbungsgespräch schwerer wogen als die nachfolgende gute Arbeit und dass das Vertrauen mit Blick auf den hohen Rang eines Direktors zerstört oder zumindest so tiefgreifend erschüttert war, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsvertrags nicht mehr zuzumuten war.<sup>103</sup>

### 3. Fristlose Kündigung durch den Arbeitnehmer

Eine fristlose Kündigung durch den Arbeitnehmer gilt in der Regel als gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber den Lohn oder einen erheblichen Teil davon während längerer Zeit nicht bezahlt<sup>104</sup> oder wenn er seine Fürsorgepflicht in schwerwiegender Weise verletzt, zum Beispiel wenn er ungenügende Schutzvorkehrungen trifft, den Arbeitnehmer exzessiv überwacht oder gar bespitzelt oder wenn er ihm ohne Notwendigkeit ein wichtiges Kundenportfolio entzieht.<sup>105</sup>

Das Bundesgericht hatte einen Fall zu beurteilen, in dem ein professioneller Fussballspieler seinen mehrjährigen Arbeitsvertrag fristlos kündigte. Der Fußballspieler missachtete während der Halbzeit eines Fußballspiels und in Gegenwart der anderen Spieler eine Anweisung des Trainers. Deshalb verzichtete der Fußballklub endgültig auf die Arbeitsleistung des Spielers; dieser durfte auch nur noch mit der Mannschaft der Spieler unter 21 Jahren trainieren. Dies veranlasste ihn zur fristlosen Kündigung seines Arbeitsvertrags, was vom Bundesgericht als gerechtfertigt angesehen wurde. Es betrachtete die Reaktion des Fußballklubs als unverhältnismässig. Es führte aus, dass ein professioneller Fußballspieler in der obersten Liga regelmäßig mit Spielern desselben Niveaus trainieren und an Spielen gegen andere Mannschaften mit möglichst hohem Niveau teilnehmen muss, damit er seinen Wert auf dem Arbeitsmarkt behalten kann. Das Gericht sprach dem Spieler außerdem eine Genugtuung von 15'000 Franken zu, dies auch deshalb, weil er vom Trainer in der Presse als Verräter und Dummkopf beschimpft worden war.<sup>106</sup>

### 4. Rechtsfolgen der fristlosen Kündigung

Im Fall einer gerechtfertigten fristlosen Kündigung entsteht im Wesentlichen ein *Schadenersatzanspruch* der kündigenden Partei.<sup>107</sup>

---

<sup>103</sup> BGer, ARV 2011, 108.

<sup>104</sup> TAPP TI (= Tribunale d'appello del Cantone Ticino), JAR 1999, 298.

<sup>105</sup> BGer, ARV 2009, 227.

<sup>106</sup> BGE 137 III 303.

<sup>107</sup> Art. 337b OR, insbesondere Abs. 1.

Spricht der Arbeitgeber eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung aus, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Lohnersatz bis zum Zeitpunkt, auf den das Arbeitsverhältnis hätte ordentlich beendet werden können.<sup>108</sup> Zusätzlich hat der Arbeitnehmer Anspruch auf eine Entschädigung, die höchstens dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entsprechen darf.<sup>109</sup> Somit findet sich hier dieselbe Sanktion, die das Gesetz bereits für eine missbräuchliche ordentliche Kündigung vorsieht.<sup>110</sup> Auch hier löst also die Kündigung in jedem Fall das Arbeitsverhältnis auf, gleichgültig ob es sich um eine gerechtfertigte oder ungerechtfertigte fristlose Kündigung handelt.<sup>111</sup> Mit anderen Worten gibt somit eine ungerechtfertigte fristlose Entlassung dem Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung oder Wiederanstellung; es bleibt bei einer blossen Abfindungszahlung.

Tritt der Arbeitnehmer ohne wichtigen Grund die Arbeitsstelle nicht an oder verlässt er sie fristlos, so hat der Arbeitgeber Anspruch auf eine Entschädigung, die einem Viertel des Lohns für einen Monat entspricht; ausserdem hat der Arbeitgeber Anspruch auf Ersatz weiteren Schadens.<sup>112</sup>

\* \* \*

#### *A munkaszerződés megszüntetése a svájci jogban*

*A szerző a svájci munkajog általános, illetve rendszertani sajátosságainak bemutatását követően a munkajogviszony megszüntetésének szabályozását tekinti át. Elsőként a rendes felmondás szabályai-val foglalkozik, s e körben kiemeli a svájci munkajognak a felmondás (megszüntetés)szabadságára, valamint a felek „paritásának“ elvére vonatkozó alapelvet. Az ún. tárgyi felmondásvédelmi intézményrendszer tekintetében a svájci munkajog jellegzetessége az, hogy a törvény nyolc olyan tényállást tartalmaz, amely a felmondást visszaélésszerűvé (és ekként jogellenessé) teszi. A dolgozat ezt követően az ún. időbeli felmondásvédelemmel foglalkozik. A szerző áttekinti a rendkívüli munkáltatói és munkavállalói felmondás jellegzetes tényállásait és jogkövetkezményeit is.*

<sup>108</sup> Art. 337c Abs. 1 OR.

<sup>109</sup> Art. 337c Abs. 3 OR.

<sup>110</sup> Vgl. oben bei Fn. 59–64.

<sup>111</sup> GUTZWILLER/VETTER (Fn. 89), 710; HUMBERT/VOLKEN (Fn. 81), 576; MICHAEL KULL, Verbindlichkeit der fristlosen und ungerechtfertigten Kündigung von Dauerschuldverhältnissen, SJZ 107/2011, 245 ff., 246 und 249; PÄRLI (Fn. 19), 721; PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 12), Rz 780 und 789; REHBINDER (Fn. 12), Art. 337c Rz 13; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 13), Art. 337 Rz 24; WYLER (Fn. 12), 506.

<sup>112</sup> Art. 337d Abs. 1 OR.