

Fristlose Entlassung: Bereits ein Bagatelldiebstahl genügt

Tobias Brändli
Rechtsanwalt, Landquart

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist bei geringfügigem Diebstahl sehr restriktiv, obwohl das Gesetz den Ermessensspielraum gibt, im Einzelfall alle Umstände zu würdigen.

1. Entlassung einer Migros-Angestellten

Mit Urteil 4A_177/2017 vom 22. Juni 2017 hat das Bundesgericht entschieden, dass die fristlose Entlassung einer Migros-Mitarbeiterin gerechtfertigt war. Sie stahl zwei Packungen Fleisch und Cracker. Relevant sei nicht die Deliktsumme, sondern die mit dem Diebstahl verbundene Zerstörung des Vertrauens. Die Mitarbeiterin stehe als Kassiererin in einem besonderen Vertrauensverhältnis zur Arbeitgeberin, sie trage die Verantwortung für einen reibungslosen Verkaufsabschluss und Zahlungsverkehr an der Kasse.

Zum Aufgabenbereich gehörten das Bedienen der Kasse, die Bedienung von Kunden, das Sicherstellen des Geldflusses sowie das Erstellen der Kassenabrechnung. Diesen besonderen Aufgaben und der Treupflicht entsprechend sei offenkundig, dass ihr die Arbeitgeberin in besonderem Masse vertrauen können müsse. Der Diebstahl bedeute eine schwere Verfehlung im Kernbereich ihrer Aufgaben und rechtfertige eine fristlose Kündigung ohne vorgängige Verwarnung – obwohl die Mitarbeiterin bereits über zehn Jahre bei der Arbeitgeberin angestellt sei und es sich beim Vorfall um die erste Verfehlung gehandelt habe.

2. Artikel 337 OR: «Wichtige Gründe»

Sowohl der Arbeitnehmer als auch der Arbeitgeber können das Arbeitsverhältnis aus «wichtigen Gründen» auflösen (Art. 337

Abs. 1 OR). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Ob es sich im jeweiligen Einzelfall um einen wichtigen Grund im Sinne des Gesetzes handelt, entscheidet der Richter nach seinem Ermessen (Abs. 3).

Grundsätzlich ist ein wichtiger Grund immer dann gegeben, wenn dem Kündigenden die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann. Unzumutbarkeit liegt vor, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien endgültig zerstört ist, und zwar – nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – sowohl kumulativ nach objektiven wie nach subjektiven Gesichtspunkten.¹ Das heisst, dass der vom Kündigenden angeführte Grund objektiv geeignet sein muss, das Vertrauensverhältnis endgültig zu zerstören.

Weiter verlangt das Bundesgericht, dass die Verfehlungen auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung des Vertrauens geführt haben.² Diese zusätzliche subjektive Komponente ist in der Lehre zuweilen umstritten. Ob ein objektiv an sich geeigneter Grund zur Zerstörung des Vertrauensverhältnisses auch tatsächlich seine Wirkung in dem Sinne erzielen muss, als beim Kündigenden die Wirkung der Unzumutbarkeit tatsächlich eintritt, was sehr stark vom subjektiven Empfinden des Kündigenden abhängt und im Rahmen eines Prozesses relativ schwierig zu beweisen sein dürfte, lehnt ein Teil der Lehre ent-

schieden ab.³ Die Autoren plädieren darauf, dass mit Abs. 2 von Art. 337 der Massstab nach «Treu und Glauben» festgesetzt werde und dies bereits ein objektiver Massstab sei. Die konkrete zwischen den Parteien gegebene Situation könne am (objektiven) Leitmotiv des Vertrauens gemessen werden. Zu Recht halten Streiff/von Kaenel/Rudolph weiter fest, dass der Verzicht auf die unnötige subjektive Voraussetzung der Bundesgerichtspraxis auch den auffälligen Gegensatz zur (richtigen) Praxis des Bundesgerichts auflöse, wonach bisher unbekannte Kündigungsgründe nachträglich noch nachgeschoben werden können. Dies wäre ja dann wirkungslos, da die nachgeschobenen Gründe das tatsächliche Vertrauen des Vertragspartners mangels Kenntnis nicht beeinflussen konnten, mindestens im entscheidenden Zeitpunkt der Kündigungen.^{4,5} Insofern können die nachgeschobenen Kündigungsgründe mindestens zum Zeitpunkt der Kündigung noch kein subjektives Moment auslösen, was aber angesichts der Objektivierung des wichtigen Grundes nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auch nicht erforderlich erscheint.

Folgt man dieser Lehrmeinung, wonach der der fristlosen Kündigung zugrunde liegende Grund (nur) objektiv geeignet sein muss, das Vertrauensverhältnis endgültig zu zerstören, ist der (objektiv geeignete) Grund, der zur Zerstörung des Vertrauensverhältnisses führt und letztlich eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen kann, jeweils nach dem allgemeinen Grundsatz

von Treu und Glauben zu beurteilen (Art. 337 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 2 ZGB).

Nach Art. 2 ZGB hat jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Bei der Anwendung von Art. 2 ZGB handelt es sich bekanntlich um eine Generalklausel, welche die Gerichte zu gerechten Einzelfallentscheidungen ermutigt und eine richterliche Rechtsfortbildung ermöglicht.⁶ Die Orientierung an Treu und Glauben trägt ein objektivierendes Element in die Auslegung rechtsgeschäftlicher Verpflichtungen hinein. Es kommt darauf an, wie sich die Bedeutung einer Erklärung nach den Standards von Treu und Glauben darstellt. Entscheidend dabei ist der Empfängerhorizont.⁷

Art. 337 Abs. 2 OR enthält einen expliziten Verweis auf den Grundsatz von Treu und Glauben. Damit wird klar, dass der Gesetzgeber die Beurteilung der Eignung eines wichtigen Grundes zur Zerstörung des Vertrauensverhältnisses und damit zur Rechtfertigung der fristlosen Auflösung eines Arbeitsverhältnisses in starkem Masse objektivieren wollte. Der Verweis auf den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben bedeutet mitunter, dass die Gerichte den im Einzelfall jeweils vorgebrachten Grund nach dem Vertrauensprinzip auslegen sollen.

Dies bedeutet auch, dass damit dem Adressatenkreis bereits genügend Rechnung getragen wird, indem bei der Auslegung selbstredend zu berücksichtigen ist, wie der jeweilige Empfänger in dieser Situation das Verhalten verstehen

durfte. Damit ist nicht erforderlich, dass zusätzlich auf eine effektiv vom Empfänger erlebte subjektive Komponente abzustellen wäre, da mit einer objektiven Auslegung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben bereits berücksichtigt wird, wie der jeweilige Empfänger ein gewisses Verhalten verstehen dürfte und musste.

3. Straftaten als «wichtige Gründe»

Die Begehung einer strafbaren Handlung (Veruntreuung, Täglichkeit u.a.) durch den Arbeitnehmer zum Nachteil des Arbeitgebers stellt in aller Regel eine schwere Verletzung der Treupflicht dar und somit auch einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung. Das gilt selbst für die objektiv an sich geringfügigen Delikte, sofern diese unter subjektiven Gesichtspunkten das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zerstören. Des Weiteren können sogar Straftaten gegenüber Dritten unter Umständen eine fristlose Entlassung rechtfertigen, sofern sie unmittelbare Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis haben.⁸ Sofern die Straftat des Arbeitnehmers das gegenseitige Vertrauen sogleich und endgültig zerstört, ist auch keine vorgängige Abmahnung erforderlich.⁹

In gewissen Fällen kann auch ein blosser begründeter Verdacht auf eine strafbare Handlung durch den Arbeitnehmer ausreichen, um das Vertrauensverhältnis zu zerstören und eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen. Je grösser dieser Verdacht ist und je schwe-

rer das vorgeworfene Verhalten wiegt, desto eher kann das Vertrauensverhältnis zerstört sein. Der Arbeitgeber muss die ihm zumutbaren Abklärungen bezüglich des Verdachts vorgenommen haben.¹⁰

Ein Diebstahl durch den Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber ist im Besonderen geeignet, das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien tiefgreifend und unwiderruflich zu zerstören, wobei es diesbezüglich nicht darauf ankommt, ob der Arbeitgeber einen Strafantrag einreicht oder einen bereits eingereichten Strafantrag zurückzieht.¹¹ Auch dem Deliktbetrag selbst kommt in solchen Fällen eine untergeordnete Bedeutung zu. So war beispielsweise eine Entlassung einer Buffetmitarbeiterin gerechtfertigt, nachdem sie einen geräucherten Schweinshals im Wert von 60 Franken gestohlen hatte.¹² So erachtete auch das Bundesgericht die fristlose Entlassung für gerechtfertigt, wobei es um einen Deliktbetrag von 50 Franken ging und die entlassene dipl. Krankenschwester fast 17 Jahre im Dienstverhältnis stand.¹³

Mit Entscheid vom 29. September 2015 bestätigte das Bundesgericht seine diesbezügliche Rechtsprechung und hielt fest, dass auch ein geringfügiger Diebstahl geeignet sei, das Vertrauensverhältnis zu zerstören, die lange Dauer des Arbeitsverhältnisses ändere nichts daran. Dies, obwohl die Vorinstanzen noch festgehalten hatten, dass es sich bei dem versuchten Diebstahl einer einzigen Weinflasche um einen geringen Wert handle und das Arbeitsverhältnis elf Jahre gedauert habe,

1 Adrian Staehelin in: Jörg Schmid, Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag, 4. Auflage, 2014, Art. 337 N 3 mit Verweis auf BGE 130 III 31 u. 220, BGE 129 III 382, BGE 127 III 154, 313 u. 382, BGE 124 III 27 und BGE 121 III 472.
2 BGE 4C.154/2006 vom 26.6.2006 E. 2.2; BGE 128 III 380 E. 2.1.
3 Vgl. hierzu Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Auflage, 2012, Art. 337 N 2 mit weiteren Hinweisen und Verweisen.
4 Streiff/von Kaenel/Roger Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 2 und 19.
5 Anderer Meinung: Adrian Staehelin, a.a.O., Art. 337 N 3, der der bundesgerichtlichen Praxis bezüglich des zusätzlichen subjektiven Elementes nicht ablehnend entgegensteht.
6 Heinrich Honzell, in: Honzell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 2 N 3.
7 Honzell, a.a.O., Art. 337 N 13.
8 Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, in: Honzell/Vogt/Wiegand, Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6. Auflage, Zürich/Bern 2015, Art. 337 N 22 mit umfangreichen Verweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.
9 Streiff/Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 10.
10 Frank Emmel, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag etc., CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2012, Art. 337 N 4 mit Verweis auf BGE 4A_507/2010 vom 2.10.2010, E. 3.5.
11 BGE 4A_347/2008 vom 29.10.2008, E. 2.2; BGE 4C.400/2006 vom 9.3.2007.
12 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 1102 mit Verweis auf OGer ZH, wobei das Arbeitsgericht Zürich mit Verweis auf Art. 172^{ter} StGB noch anderer Meinung war; AGer ZH in Entscheide 2004 Nr. 23 = JAR 2005, S. 496.
13 BGE 4C.185/2006 vom 19.10.2006, E. 2.

weshalb der Vorfall nicht genügend gravierend sei, um eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. In besagtem Verfahren hat sich der Arbeitnehmer im Übrigen auch verblichlich auf den soeben zitierten Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich berufen, das aufgrund der Geringfügigkeit des Deliktbetrags die fristlose Entlassung nicht schützte.

Das Bundesgericht stellte mit diesem Entscheid klar, dass Straftaten zulasten des Arbeitgebers – ungeachtet des Deliktbetrags – geradezu das klassische Beispiel eines wichtigen Grundes seien, das die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertige. Etwas relativierend wird aber in der Folge ausgeführt, dass dennoch stets zu prüfen sei, ob tatsächlich ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR vorliege.¹⁴ Damit ist immerhin klargestellt, dass selbst bei einem Diebstahl zulasten des Arbeitgebers stets zu prüfen ist, ob dem Arbeitgeber gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben noch zuzumuten ist, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen.

4. Fristlose als «Ultima Ratio»

Mit BGER 4A_177/2017 bestätigt das Bundesgericht seine Rechtsprechung ein weiteres Mal, dass bereits ein geringfügiger Diebstahl ausreiche, um das Vertrauensverhältnis derart zu zerstören, dass dem Arbeitgeber nicht mehr zugemutet werden könne, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Es erstaunt indes und dürfte wohl im Wesentlichen mit der grossen Zurückhaltung des Bundesgerichtes zu tun haben, in klassische Ermessensentscheide einzugreifen, das das Bundesgericht sich im vorliegenden Entscheid doch eher knapp zu den übrigen anerkannten Kriterien zur Beurteilung der Rechtmässigkeit einer fristlosen Kündigung äussert. So sind für die Beurteilung der Rechtmässigkeit einer fristlosen Entlassung stets auch die interne Stellung und Verantwortung des Arbeitnehmers, die Dauer des Arbeitsverhältnisses, die Art und vor allem auch die Schwere der Vertragsverletzung von Bedeutung.¹⁵ Zudem wird – sofern es sich nicht um

ganz gravierende Verstösse handelt – eine Verwarnung des Arbeitnehmers befürwortet. Die fristlose Kündigung eines Arbeitnehmers ist eine sogenannte «ultima ratio»-Massnahme und es kommt ihr absoluter Ausnahmecharakter zu. So betonte denn auch das Bundesgericht selbst den Ausnahmecharakter der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses und hält fest, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht jedes strafbare Verhalten am Arbeitsplatz genügt.¹⁶

Angesichts dessen, dass es dem Arbeitgeber grundsätzlich offensteht, einen Arbeitnehmer zu entlassen und gleichzeitig freizustellen, ist doch zumindest zu hinterfragen, ob es unter Berücksichtigung eines über zehnjährigen tadellosen Anstellungsverhältnisses effektiv gerechtfertigt ist, eine Mitarbeiterin aufgrund eines versuchten Diebstahls von zwei Packungen Fleisch und einer Packung Cracker sofort fristlos zu entlassen.

Mit seinem neueren Entscheid hat das Bundesgericht aber klar zu verstehen gegeben, dass es an

seiner relativ harten Praxis festhalten möchte und bereits den geringsten Diebstahl als genügend gravierend betrachtet, das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien derart stark zu zerstören, dass eine fristlose Entlassung in jedem Fall gerechtfertigt erscheint.

Damit rückt es aber teilweise auch von einer bislang geforderten Gesamtbetrachtung ab, indem es weitere anerkannte Kriterien zur Beurteilung der Rechtmässigkeit einer fristlosen Entlassung stärker in den Hintergrund rückt und relativ deutlich festhält, dass ein geringfügiger Diebstahl ausreiche. Was die Begründung anbelangt, dass es sich um eine schwere Verfehlung im Kernbereich der Aufgaben der Mitarbeiterin gehandelt habe,¹⁷ so dürfte ein (auch geringfügiger) Diebstahl wohl bei den meisten Angestellten in den Kernbereich ihrer Aufgaben fallen, zumal alle Angestellten grundsätzlich einen Vertragsbruch begehen, wenn sie gegenüber ihrem Arbeitgeber einen Diebstahl begehen.

Mit Art. 337 Abs. 2 OR wollte der Gesetzgeber den Gerichten einen weiten Ermessensspielraum unter Berücksichtigung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes im Sinne von Art. 2 ZGB einräumen. Dieser Ermessensspielraum erfordert aber nach wie vor eine eingehende und umfassende Gesamtbetrachtung im Einzelfall. Die vom Bundesgericht in Bezug auf den geringfügigen Diebstahl im Zusammenhang mit der fristlosen Auflösung eines Arbeitsverhältnisses entwickelte Rechtsprechung ist unter diesem Blickwinkel sehr restriktiv. Es ist auch hier doch zumindest zu hinterfragen, ob ein über 10-jähriges oder gar ein gut 17-jähriges (tadelloses) Arbeitsverhältnis effektiv praktisch keine Rolle mehr spielt. Hat eine Arbeitnehmerin nämlich über zehn Jahre hinweg tadellosen Dienst für ihren Arbeitgeber ge-

leistet, wäre doch weiterhin umfangreich und umfassend zu prüfen, ob es für den Arbeitgeber nach dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht zumutbar wäre, immerhin die ordentliche Kündigungsfrist abzuwarten und die Arbeitnehmerin gegebenenfalls freizustellen, oder ob nicht vorgängig sogar eine Verwarnung angezeigt wäre. Eine zu starre Haltung in Bezug auf den geringfügigen Diebstahl würde das Ermessen der unteren Gerichte doch (zu) stark einschränken.

5. Im Zweifel zuerst eine Verwarnung

In BGER 4A_177/2017 hat das Bundesgericht weiter festgehalten, dass die Vorinstanz den Umstand, dass das Arbeitsverhältnis bereits mehr als zehn Jahre gedauert hat und es sich um eine einmalige Verfehlung handelte, bereits genügend berücksichtigt habe, da der Arbeitnehmerin von vornherein bekannt gewesen sei, dass laut internem Betriebsreglement bei Diebstahl fristlos gekündigt werde.

Im Zweifel ist vor dem Aussprechen einer fristlosen Kündigung stets eine Verwarnung auszusprechen.¹⁸ Eine generelle Verwarnung im Arbeitsvertrag vermag dabei die im Einzelfall auszusprechende Verwarnung nicht zu ersetzen.¹⁹ Die Verwarnung darf dann unterbleiben, wenn sie unnütz wäre, das heisst, wenn der Arbeitnehmer beispielsweise durch sein beharrliches Verhalten bereits unmissverständlich zum Ausdruck gibt, dass er sich nicht ändern wird.²⁰

Ungeachtet dessen, ob die fristlose Kündigung im vorliegenden Fall gerechtfertigt war oder nicht, vermag das Argument, dass laut internem Betriebsreglement bei Diebstahl fristlos gekündigt werde und dies der Arbeitnehmerin

von vornherein bekannt gewesen sei, weshalb die Anstellungsdauer und die einmalige Verfehlung genügend berücksichtigt worden seien, nicht vollends zu überzeugen.

Damit würden generelle Klauseln in einem Arbeitsvertrag einerseits eine allfällige Verwarnung ersetzen, andererseits könnte damit – zuungunsten des Arbeitnehmers – eine ganze Reihe von Verstössen aufgeführt werden, die zur fristlosen Kündigung führen und damit faktisch bereits im vornherein die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze und Anforderungen an die Schwere der Verfehlung und damit an den wichtigen Grund zur fristlosen Auflösung eines Arbeitsverhältnisses herabgesetzt werden.

Es bleibt zu hoffen, dass sich das Bundesgericht bei der nächsten Gelegenheit im Einzelfall wieder ausführlicher mit sämtlichen Kriterien auseinandersetzt und sich nicht derart stark auf eine einzige Verfehlung stützt.

- 14 BGER 4A_228/2015 vom 29.9.2015, E. 5.
 15 Portmann/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 4.
 16 BGE 129 III 380, E. 3.1.
 17 Vgl. BGER 4A_177/2017 vom 22.6.2017, E. 2.3.
 18 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 13 mit Verweis auf eine umfangreiche Gerichtspraxis.
 19 Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 13 mit Verweis auf ein Urteil des Obergerichts Luzern in LGVE 2007 I Nr. 24, E. 4.2.
 20 BGER 4A_167/2009 vom 10.6.2009, E. 3.

ANZEIGE

**WIR
JAGEN
FEHLER.**

Wir sind 24/7, an 365 Tagen im Jahr für Sie auf der Jagd. Mit 100 Festangestellten sind wir einer der führenden Schweizer Sprachdienstleister und haben mehr als nur ein Auge für Übersetzungen, Lektorate, Korrekturen sowie Copywriting. Besonders wenns um Ihr Corporate Reporting oder um Ihre Rechtstexte geht. Mehr unter www.diction.ch

Diction – Für die richtigen Worte. Richtig geschrieben. In über 30 Sprachen.

diction