

bestimmungen einfach nicht mehr anzuwenden. Eine Änderung könnte nur durch eine Gesetzesänderung erreicht werden.

2. Die Klägerin verlangt überdies, die Beklagten seien zu verpflichten, die für ihren Sohn in der Zeit von Oktober 2004 bis Ende Mai 2005 bereits ausgerichteten Fürsorgeleistungen von Fr. 18'000.-- innert 30 Tagen ab Rechtskraft des Urteils zurückzuzahlen.

Die Beklagten machen geltend, die Klägerin habe es unterlassen, die Bezahlung des geforderten Betrages zu beweisen und aufzuschlüsseln, für welche Zeitperiode die Unterstützung bezahlt worden sei. Überdies könnten nur Leistungen zurückgefordert werden für ein Jahr vor der Klageerhebung.

2.1 Art. 329 Abs. 3 ZGB verweist auf Art. 279 ff. ZGB. Danach kann das Kind auf Leistung des Unterhalts für die Zukunft und für ein Jahr vor Klageerhebung gegen den Vater oder die Mutter oder gegen beide klagen. Daraus schliesst auch *Thomas Koller*, dass Unterstützungsbeiträge nach Art. 328 ff. ZGB nur für die Zukunft sowie für ein Jahr vor der Klageerhebung eingeklagt werden können (*Basler Kommentar, a.a.O., N. 29 zu Art. 328/329*).

2.2 Im vorliegenden Fall wurde die Klage am 24. Mai 2005 angehoben. Demnach sind Zahlungen der Klägerin im Zeitraum vom 24. Mai 2004 bis 24. Mai 2005 zu berücksichtigen. Aus act. 23 ergibt sich, dass die Klägerin im erwähnten Zeitraum Fr. 17'500.-- für den Sohn der Beklagten bezahlt hat. Die Beklagten sind demnach unter solidarischer Haftung zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 17'500.-- innert 30 Tagen ab Rechtskraft des Urteils zurückzubezahlen.

KGP 15.11.2005

3459

Arbeitsvertrag. Ungerechtfertigte fristlose Kündigung (Art. 337 OR). Ersatz für entgangenen Verdienst (Art. 337 c Abs. 1 OR). Entschädigung (Art. 337 c Abs. 3 OR). Aktivlegitimation der Arbeitslosenkasse.

Sachverhalt:

Die Klägerin 1 hat am 15. September 2003 bei der Beklagten eine Stelle angetreten. Gemäss dem am 17. September 2003 unterzeich-

neten schriftlichen Arbeitsvertrag verpflichtete sich die Klägerin 1 während 5 bis 10 Nächten pro Monat zur Leistung des Nachtpiketts im Altersheim X. Mit Schreiben vom 8. November 2004 haben der Präsident der Altersheimkommission sowie der Heimleiter namens der Beklagten das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin 1 fristlos aufgelöst.

Aus den Erwägungen:

1. Zu prüfen ist vorerst die Aktivlegitimation der Arbeitslosenkasse als Klägerin 2. Art. 29 AVIG regelt insbesondere den Forderungsübergang an die Arbeitslosenkasse. Er lautet u.a: "Hat die Kasse begründete Zweifel darüber, ob der Versicherte für die Zeit des Arbeitsausfalls gegenüber seinem bisherigen Arbeitgeber Lohn- oder Entschädigungsansprüche im Sinne von Artikel 11 Abs. 3 hat oder ob sie erfüllt werden, so zahlt sie Leistungen nach Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a oder b aus. Mit der Zahlung gehen alle Ansprüche des Versicherten ... auf die Kasse über." Man spricht von einer Legalzession. Erhebt der Arbeitnehmer eine Leistungsklage, so kann er nicht mehr den ganzen Lohn selber einklagen, sondern nur den Rest (so *Semjud* 1986, S. 305). Die Arbeitslosenversicherungskasse muss ihrerseits den anderen Teil der Lohnforderung einklagen (*Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 5. Auflage, Zürich 1992, N. 11 zu Art. 337c OR*).

Aufgrund dieser Legalzession ist die Arbeitslosenkasse im Prozess aktivlegitimiert im Ausmass der von ihr geleisteten Zahlungen. Sie ist damit berechtigt, als Partei selbständig am Prozess teilzunehmen. Es liegt - gestützt auf Art. 59 ZPO - ein partieller Parteiwechsel vor. Unter der Veräusserung des Streitgegenstandes, welche den Parteiwechsel auch ohne Zustimmung der Gegenpartei zulässt, ist nämlich nicht nur die rechtsgeschäftliche zu verstehen, sondern auch eine solche auf dem Wege der Zwangsvollstreckung oder der Legalzession (*Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, N. 2 zu § 49 ZPO*).

Gestützt auf Art. 29 Abs. 2 AVIG und Art. 59 ZPO muss dem Antrag der Arbeitslosenkasse auf Prozessbeitritt als selbständige Partei entsprochen werden.

2.1 Gemäss Art. 337 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer jederzeit das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen fristlos auflösen (Abs. 1). 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); der Richter entscheidet darüber nach seinem Ermessen (Abs. 3). Dabei verlangt der Billigkeitsentscheid, dass alle wesentlichen Umstände des konkreten Falles beachtet werden (*BGE 116 II 149 E. 6 a*). Die für die fristlose Kündigung angerufenen Tatsachen müssen geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder so schwer zu erschüttern, dass die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zumutbar ist und die sofortige und fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses als einziger Ausweg erscheint (*BGE 116 II 144 E. c, mit Hinweisen*). Anerkannt ist, dass bei der Annahme eines wichtigen Grundes Zurückhaltung geboten und ein strenger Massstab anzulegen ist (*Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 3 zu Art. 337 OR; C. Decurtins, Die fristlose Entlassung, Bern 1981, S. 17*).

Die Beklagte hat zu beweisen, dass die fristlose Entlassung aus einem wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR erfolgt ist bzw., dass sie gerechtfertigt war. Gelingt ihr dieser Beweis nicht, so liegt eine ungerechtfertigte Entlassung gemäss Art. 337c OR vor.

2.2 Auslöser für die Entlassung der Klägerin 1 bildeten Drohungen, die gegenüber dem Leiter des Heimes anonym ausgestossen worden waren. Die Vertreter der Beklagten haben angenommen, die Klägerin 1 sei möglicherweise Urheberin der Drohungen. Unter anderem gestützt auf diesen Verdacht haben sie die fristlose Entlassung ausgesprochen. Auch bei einer Verdachtskündigung liegt die Beweislast aber beim Kündigenden: Er hat die Verdachtsgründe zu beweisen (*Streiff/v. Kaenel, a.a.O., N. 10 zu Art. 337 OR; Rehbinden, Berner Kommentar, N. 12 zu Art. 337 OR*). Diesen Beweis hat die Beklagte bisher nicht geführt.

2.3 Zur Begründung der fristlosen Entlassung hat die Beklagte weitere Gründe geltend gemacht: Mobbing und illoyales Verhalten gegenüber dem Heimleiter-Team. Dieses Verhalten der Klägerin 1 soll sich nach den Ausführungen der Beklagten über mehrere Monate hingezogen haben. Die Beklagte hat aber weder behauptet noch dargelegt, dass bezüglich der eben genannten Gründe am 8. November 2004 eine Notwendigkeit für die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestanden hat. Hier ist in Erinnerung zu rufen, dass eine fristlose Entlassung nur gerechtfertigt ist, wenn dem Arbeitgeber die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses, etwa bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist, nicht zumutbar ist. Gemäss dem schrift-

lichen Arbeitsvertrag beträgt die Kündigungsfrist 2 Monate. Diese zwei Monate abzuwarten wäre der Beklagten angesichts des Umstandes, dass das kritisierte Verhalten bereits mehrere Monate gedauert haben soll, zumutbar gewesen. Die Beklagte hätte es auch in der Hand gehabt, durch eine Verwarnung (Androhung der **fristlosen** Entlassung bei Zuwiderhandlung gegen ein konkretes Verbot oder Gebot) auf das Verhalten der Klägerin 1 Einfluss zu nehmen. Nach einer Verwarnung und nach einem weiteren Fehlverhalten der Klägerin 1 wäre die Beklagte dann ohne Weiteres berechtigt gewesen, das Arbeitsverhältnis fristlos aufzulösen (vgl. auch *Humbert, Rechtliche Aspekte des Mobbing*, in: *TREX 2004*, S. 82f). Die Behauptung der Beklagten in der Klageantwort, wonach die Klägerin 1 verwarnt worden sei, findet im polizeilichen Einvernahmeprotokoll der Klägerin 1 vom 12. November 2004 keine Stütze. Allgemeine Hinweise des Heimleiters an die Klägerin 1, dass bei Problemen mit seiner Führung oder bei Problemen am Arbeitsplatz eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses in Betracht zu ziehen sei, stellen keine Verwarnung im Sinne des Art. 337 OR dar.

Zusammenfassend ergibt sich, dass keine genügenden Gründe für eine fristlose Entlassung der Klägerin 1 bestanden haben.

3.1 Die Folgen einer ungerechtfertigten, fristlosen Entlassung durch den Arbeitgeber sind unter anderem in Art. 337c Abs. 1 OR geregelt: "Entlässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund, so hat dieser Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre."

Beim Ersatzanspruch nach Absatz 1 handelt es sich nicht um einen Lohn-, sondern um einen Schadenersatzanspruch. Der Schaden umfasst alle Lohnbestandteile. Ein Abzug wegen Mitverschuldens des Arbeitnehmers ist unzulässig (*Rehbinder, a.a.O., N. 4 zu 337c OR*; *Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 3 zu 337c OR*). Der Schaden ist sofort fällig. Abzuziehen sind die Sozialversicherungsabzüge (*Rehbinder, a.a.O., N. 6 zu 337c OR*; *Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 15 zu 337c OR*).

3.2 Gemäss dem Arbeitsvertrag vom 17. September 2003 kann mit einer Frist von zwei Monaten auf das Ende eines Kalendermonats gekündigt werden. Ausgehend von der am 8. November 2004 ausgesprochenen Kündigung hätte das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise

Ende Januar 2005 geendet. Bis zu diesem Zeitpunkt steht der Klägerin 1 Anspruch auf eine Entschädigung im Umfang der früheren Lohnzahlungen zu.

3.3 Auf die Klägerin 2 geht der Anspruch auf den Brutto-Lohn über (weil als Zahlungen im Sinne von Art. 29 AVIG auch die Zahlungen von Beiträgen an andere Sozialversicherungen zu gelten haben). Im vorliegenden Fall hat die Klägerin 2 von der Beklagten jedoch nur den Ersatz der Netto-Beträge verlangt. Da arbeitsrechtliche Streitigkeiten der Dispositionsmaxime unterstehen, kann der Klägerin 2 nicht mehr zugesprochen werden, als sie verlangt (Art. 102 Abs. 2 ZPO; *M. Ehrenzeller, Zivilprozessordnung des Kantons Appenzell A.Rh., Speicher 1988, N. 6 zu Art. 102*). Für die von der Klägerin 2 vorgenommenen Sozialversicherungsabzüge liegt demnach ein Verzicht vor. Gleiches gilt für den Verzugszins, den die Klägerin 2 nicht verlangt hat. Im übrigen kann dem Rechtsbegehren der Klägerin 2 entsprochen werden.

4. Die Klägerin 1 verlangt sodann eine Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR in der Höhe von 6 Monatslöhnen.

4.1 Gemäss Art. 337c Abs. 3 OR kann der Richter dem Arbeitnehmer zu Lasten des Arbeitgebers eine Entschädigung zusprechen, die er nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt, die aber den Lohn für 6 Monate nicht übersteigen darf.

Wie aus der Entstehungsgeschichte ersichtlich ist, hat die Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR sowohl Straf- als auch Genugtuungscharakter. Obwohl die vorgeschlagene Bestimmung entgegen der Botschaft des Bundesrates schliesslich als Kann-Vorschrift ausgestaltet wurde und von maximal 12 auf 6 Monatslöhne herabgesetzt wurde, blieb als Regel anerkannt, dass die fristlose Entlassung ohne wichtigen Grund dem Arbeitnehmer Unrecht tut, ihn in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt, seinen Ruf beeinträchtigt und daher eine Entschädigung rechtfertigt, ohne dass der Richter im Einzelfall die Persönlichkeitsverletzung und deren Grad abzuklären hat. Die abgeänderte Fassung soll es dem Richter bloss ermöglichen, in aussergewöhnlich gelagerten Fällen ausnahmsweise von dieser Entschädigung abzusehen, statt eine symbolische Entschädigung zusprechen zu müssen (*BGE 123 V 5 und 116 II 300 ff.*).

Entsprechend der neueren Baselstädtischen Praxis (*vgl. BJM 2004 S. 39*) ist für die Bemessung der Entschädigung von einem Grundbetrag von 3 Monatslöhnen auszugehen. Dieser Grundbetrag ist ent-

sprechend den konkreten Umständen nach oben oder nach unten anzupassen. Zu berücksichtigen sind dabei etwa die Strafwürdigkeit des Verhaltens des Arbeitgebers, die Schwere der Persönlichkeitsverletzung, das Mass der Widerrechtlichkeit der fristlosen Entlassung, die finanzielle Situation der Parteien und die Schwere eines Mitverschuldens des Arbeitnehmers (*BGE 123 III 391, 121 III 64, 120 II 243, 116 II 300*).

4.2 Der der Klägerin 1 von der Beklagten angelastete Drohungsverdacht, der nicht erhärtet werden konnte, ist als erhebliche Verletzung der Persönlichkeit der Klägerin 1 zu qualifizieren, insbesondere auch deshalb, weil der Vorwurf auch nach aussen kommuniziert worden ist. Dies wirkt sich bezüglich der Entschädigung erhöhend aus. Ohne Einfluss ist die Situation der Klägerin 1 nach der Kündigung, hat sie doch gemäss eigenen Angaben bereits im Februar 2005 wieder gearbeitet und seit März 2005 eine neue feste Stelle. Ebenfalls keinen Einfluss hat das Dienstalster der Klägerin 1 (*BGE 116 II 302*). Zu einer Reduktion der Entschädigung führt ein Mitverschulden der Klägerin 1. Das von der Zeugin A. gezeichnete Bild der Klägerin 1 stützt teilweise die Vorwürfe der Beklagten bezüglich eines unkorrekten Verhaltens. Auf die Zeugin A. kann auch deshalb abgestellt werden, weil die Zeugin B. immerhin die Grundproblematik im Altersheim X. bestätigt hat.

Unter den geschilderten Umständen steht der Klägerin 1 zweifellos ein Anspruch auf eine Entschädigung zu. Die die Klägerin belastenden Umstände sind etwas schwerer zu gewichten als die entlastenden. Angemessen erscheint deshalb eine Entschädigung von 2 ½ Monatslöhnen, d.h. einen halben Monatslohn unter dem Grundbetrag. Auszugehen wäre vom Bruttolohn (*Rehbinder, a.a.O., N. 9 am Schluss zu Art. 337c OR*). Im vorliegenden Fall hat die Klägerin 1 von der Beklagten jedoch Netto-Löhne verlangt. Da arbeitsrechtliche Streitigkeiten der Dispositionsmaxime unterstehen, ist vom Antrag der Klägerin 1 auszugehen (*Art. 102 Abs. 2 ZPO; M. Ehrenzeller, Zivilprozessordnung des Kantons Appenzell A.Rh., Speicher 1988, N. 6 zu Art. 102*). Ein Zins ist nicht verlangt worden, weshalb ein solcher nicht zuzusprechen ist.

5. Die Klägerin 1 hat schliesslich den Antrag gestellt, es sei festzustellen, dass sie frei von jeglicher Verpflichtung sei.

Gemäss einem klaren Grundsatz des Zivilprozessrechts müssen Anträge so formuliert sein, dass sie bei Gutheissung zum Urteilspruch erhoben werden können. Dies ist im vorliegenden Fall nicht

möglich, weil etwa die der Klägerin 1 obliegende Geheimhaltungspflicht auch nach der Entlassung fort dauert (Art. 321a Abs. 4 OR; *Streiff/v. Kaenel, a.a.O., N. 13 zu Art. 321a OR*) und sie somit nicht frei von jeglicher Verpflichtung ist.

KGP 30.05.2005

3460

Arbeitsvertrag. Kündigung zur Unzeit durch den Arbeitgeber (Art. 336c OR)

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 336c Abs. 1 lit. b des Schweizerischen Obligationenrechts (OR, SR 220) darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab dem 2. bis und mit dem 5. Dienstjahr während 90 Tagen und ab dem 6. Dienstjahr während 180 Tagen. Gilt für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Endtermin wie das Ende eines Monats oder einer Arbeitswoche, und fällt dieser nicht mit dem Ende der fortgesetzten Kündigungsfrist zusammen, so verlängert sich diese bis zum nächsten Endtermin (Art. 336c Abs. 3 OR).

Die Klägerin macht geltend und stützt sich dabei auf ein ärztliches Zeugnis von Dr. med. S., dass sie während der Kündigungsfrist am 3. September 2004 arbeitsunfähig gewesen sei. Die Kündigungsfrist habe sich daher nach Art. 336c Abs. 2 OR um einen Tag verlängert, was gestützt auf Art. 336c Abs. 3 OR zu einem Lohnanspruch für den ganzen Monat Oktober 2004 geführt habe.

2. Die Vorinstanz ist dieser Betrachtungsweise gefolgt und hat dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass Dr. med. S. in seiner schriftlichen Auskunft zum Arztzeugnis erklärt habe, die Klägerin habe am 3. September 2004 die Gemeinschaftspraxis aufgesucht und sei von seinem Praxiskollegen Dr. med. P. untersucht worden. Dr. P. habe einen Teil der Beschwerden (Rhagaden) persönlich feststellen können und habe dann eine eintägige Arbeitsunfähigkeit für angezeigt erachtet. Dr. P. habe am 3. September 2004 in der Krankengeschichte der