

3462

Arbeitsvertrag. Konsum von Cannabis und Alkohol am Arbeitsplatz als wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung einer Service-Angestellten (Art. 337 OR).

Aus den Erwägungen:

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 (*Streff/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 vom Art. 337 OR erfolgt ist bzw., dass sie gerechtfertigt war. Gelingt ihr dieser Beweis nicht, so liegt eine ungerechtfertigte Entlassung im Sinne von Art. 337c OR vor.

2. Die Beklagte begründet die fristlose Entlassung damit, die Klägerin habe im Restaurant Drogen und Alkohol konsumiert und aus der Kasse einen Betrag von mindestens Fr. 3'269.20 entwendet. Die Klägerin bestreitet diese Vorwürfe.

2.1 Hinsichtlich des Drogenkonsums hat der Vertreter der Beklagten auf Befragung an Schranken angegeben, ihm sei zugetragen worden, dass die Klägerin Joints geraucht habe. Er selber habe keine Beobachtungen gemacht.

In seinem Entscheid vom 8.10.2002 unter der Verfahrensnummer 4C.112/2002 hat das Bundesgericht folgendes ausgeführt:

"In Lehre und Rechtsprechung ist anerkannt, dass Straftaten, welche der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit oder auch im Privatleben zu Lasten der Mitarbeiter, des Arbeitgebers, aber auch von Kunden oder Dritten begeht, einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung bilden können, ohne dass es einer vorgängigen Verwarnung bedürfte. Allerdings kommt es auch in diesen Fällen massgebend auf die Umstände und insbesondere die Schwere der Straftat an. Während zum Beispiel ein Diebstahl zu Lasten des Arbeitgebers in der Regel einen wichtigen Grund darstellt, kann es sich bei blossen Übertretungen im Sinne von Art. 101 StGB wie etwa Beschimpfungen oder Tötlichkeiten anders verhalten (*Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag*, 2. Aufl., Bern 1996, N. 2 zu Art. 337 OR, S. 361 f.; *Staehelein, Zürcher Kommentar*, N. 22 zu Art. 337 OR; *Streiff/von Kaelin, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht*, 5. Aufl., Zürich 1992, N. 5 zu Art. 337 OR; *Rehbinder, Berner Kommentar*, N. 9 zu Art. 337 OR; *Wyler, Droit du travail*, Bern 2002, S. 366 f.; BGE 127 III 351 E. 4b/dd; Urteil 4C.103/1999 vom 9. August 1999 E. 1, publ. in *Pra* 2000, Nr. 11, S. 56 ff.; BGE 124 III 25 E. 3 a und b; BGE 121 III 467 E. 5b; BGE 116 II 145 E. 6b; JAR 2002 280 ff., 290 ff.).

Das unbefugte Konsumieren von Betäubungsmitteln ist gemäss Art. 19a des Betäubungsmittelgesetzes (SR 812.121) strafrechtlich ein Übertretungstatbestand. Wie bei anderen solchen Tatbeständen muss bei der Beurteilung, ob er eine fristlose Entlassung ohne vorgängige Abmahnung zu rechtfertigen vermag, auf die Umstände des Einzelfalls abgestellt werden. Es ist danach zu fragen, ob sich der Vorfall nach objektiver Wertung derart negativ auf die Arbeitsqualität, auf das Arbeitsklima oder auf das Ansehen des Arbeitgebers bei Dritten ausgewirkt hat, dass diesem die Fortsetzung des Vertrages nicht zuzumuten ist."

Im vorliegenden Fall stehen keine harten Drogen zur Diskussion. Es geht lediglich um das Rauchen von Joints, d.h. den Konsum von Cannabis-Produkten. Die Beklagte hat nicht geltend gemacht, dass der behauptete Drogenkonsum die Arbeitsleistungen der Klägerin beeinflusst oder Auswirkungen auf das Arbeitsklima gehabt hätte. Hingegen kann ohne weiteres festgestellt werden, dass eine kiffende Serviertochter dem Ansehen ihres Arbeitgebers schaden kann. Angesichts der seit langem und breit geführten Diskussion über die Liberalisierung des Konsums von Hanfprodukten sowie des Umstandes, dass das Kiffen in der Öffentlichkeit weit verbreitet ist, muss bei einer

kiffenden Serviertochter vor einer fristlosen Entlassung eine vorgängige Abmahnung verlangt werden. Die Beklagte behauptet zwar, die Klägerin verwarnt zu haben, konnte dafür aber keine Beweise nennen. Selbst wenn also der von der Klägerin bestrittene Vorwurf des Rauchens von Joints zutreffen sollte, wäre die fristlose Entlassung mangels vorheriger Verwarnung nicht zulässig gewesen.

2.2 Mit Bezug auf den Griff der Klägerin in die Kasse hat die Beklagte darlegen lassen, dass der Barbestand nicht mit dem Kassestreifen übereingestimmt habe. Es gebe aber keine Beweise dafür, dass und wie das Geld verschwunden sei.

Mangels Beweisen ist auf dieses Vorbringen nicht näher einzugehen. Anzufügen ist, dass aus den Unterlagen, bei denen es sich um Aufschriebe der Beklagten handelt, bezüglich einer möglichen Täterschaft nichts abgeleitet werden kann.

2.3 Verbleibt der Vorwurf des Alkoholkonsums. Der Vertreter der Beklagten war an Schranken nicht in der Lage, diesen Vorwurf zu konkretisieren. Wenn die Beklagte der Meinung sein sollte, eine Serviertochter dürfe an ihrem Arbeitsplatz überhaupt keinen Alkohol trinken, müsste sie dafür eine Grundlage haben. Eine solche ist aber nicht ersichtlich und wurde auch vom Vertreter der Beklagten nicht genannt. Es ist doch im Gegenteil so, dass es nicht selten vorkommt, dass in Restaurants mit Alkoholausschank auch das Servierpersonal Alkohol konsumiert, sei es zum Beispiel, weil sich dies in einer Stammtischrunde aufdrängt oder weil von einem Gast eine Einladung ausgesprochen worden ist. Sicher nicht tolerieren muss der Arbeitgeber aber übermässigen Alkoholkonsum. Nach einhelliger Meinung kann denn auch Alkohol am Arbeitsplatz zur fristlosen Entlassung führen (vgl. etwa Decurtins, a.a.O., S. 127ff), wobei in der Regel eine vorherige schriftliche Verwarnung verbunden mit der Entlassungsandrohung im Wiederholungsfall zu erfolgen hat. Im vorliegenden Fall fehlt es am Nachweis einer Verwarnung.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin am 15.11.2004 unberechtigterweise fristlos aufgelöst hat.

KGP 19.01.2005