

derbeklagte kompensierte vom 11. November 1997 bis zum 26. März 2002 insgesamt 743 Stunden und trug diese Kompensationsstunden jeweils auf den Wochenrapporten ein. Selbstredend müssen daher diese Kompensationsstunden für „Überstunden“ mit den durch den Kläger effektiv geleisteten Überstunden verrechnet werden.

KGer, 1. Abt., 10.06.2004

3442

Arbeitsvertrag. Ungerechtfertigte fristlose Kündigung (Art. 337 OR). Umfang des Ersatzes für entgangenen Verdienst (Art. 337 c Abs. 1 OR). Entschädigung infolge Mitverschuldens abgelehnt (Art. 337 c Abs. 3 OR).

Sachverhalt:

Per 1. Februar 2002 stellte die Beklagte den Kläger als Betreuer im Wohnheim E. in X. ein. Das Anstellungsverhältnis sah ein befristetes Arbeitsverhältnis bis zur Pensionierung des Klägers am 31. Mai 2003 vor. Die Entlöhnung betrug anfänglich Fr. 5'421.-- brutto. Daneben wurde eine Arbeitsweg-Vergütung von Fr. 150.-- vorgesehen und ein 13. Monatslohn vereinbart. Per 1. Mai 2002 wurde der Kläger zum Gruppenleiter ad interim befördert. Am 3. März 2003 kündigte die Beklagte dem Kläger fristlos und begründete die Entlassung im Wesentlichen mit den gegen den Kläger erhobenen Vorwürfen betreffend sexistischer Belästigung einer ihm unterstellten Mitarbeiterin. Der Kläger akzeptierte die fristlose Kündigung nicht.

Aus den Erwägungen:

Eine fristlose Entlassung ist gemäss Art. 337 OR gerechtfertigt, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Die fristlose Kündigung ist unverzüglich nach Kenntnis des wichtigen Grundes zu erklären, damit der Kündigende sein Recht zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht durch Verwirkung einbüsst (*Rehbinder, Berner Kommentar, Bern 1992, N 16 zu Art. 337 OR; Streiff/v.Kaenel, Arbeitsvertrag, Zürich 1992, N 17 zu Art. 337 OR; Staehelin, Zürcher Kommentar, Zürich 1996, N 35 zu Art. 337 OR*). Aus zeitlicher Sicht kommen also nur

diejenigen Vorfälle als Grund für die fristlose Kündigung in Frage, welche sich innert einer bestimmten Frist vor der Kündigung ereignet hatten. Somit ist zunächst zu prüfen, welche der von der Beklagten gerügten Vorfälle aus zeitlich-formeller Sicht überhaupt als Grund für die fristlose Kündigung dienen können. In einem zweiten Schritt ist dann darauf einzugehen, ob die zu berücksichtigenden Vorfälle als wichtiger Grund im Sinne des Gesetzes zu qualifizieren sind.

Eine fristlose Kündigung ist gemäss der Lehre und Rechtsprechung in der Regel dann rechtzeitig erfolgt, wenn sie innert 1 – 2 Tage nach Kenntnis des wichtigen Grundes erklärt wird (*Stahelin, a.a.O., N 35 zu Art. 337 OR*). Ein längeres Zuwarten zeigt, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht unzumutbar ist (*Decurtins, Die fristlose Entlassung, Muri b. Bern 1981, S. 37*). In begründeten Fällen kann der kündigenden Partei eine verlängerte Frist von einer Woche zugestanden werden (*Stahelin, a.a.O., N 35 zu Art. 337 OR*). Im vorliegenden Fall erscheint die verlängerte Frist von einer Woche als angemessen, da es sich bei der Beklagten um eine juristische Person handelt. Denn Willensbildungsprozesse bei juristischen Personen sind üblicherweise mit einem gewissen Aufwand verbunden (*Streiff/v.Kaenel, a.a.O., N 17 zu Art. 337 OR; vgl. auch Wachter, Der Untergang des Rechts zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses, in: ArbR 1990, S. 43 f.*). Auf diese Weise wird berücksichtigt, dass im vorliegenden Fall die Geschäftsleitung, welche für Personalfragen dieser Art zuständig ist, die Geschäfte von Y. aus führt und auf die Berichterstattung der Heimleitung angewiesen ist.

Die fristlose Kündigung wurde am 3. März 2003 ausgesprochen. Demnach können Vorfälle, welche der Beklagten bereits vor dem 24. Februar 2003 und somit seit mehr als einer Woche bekannt waren, die fristlose Kündigung nicht rechtfertigen, da die Kündigung nicht innert angemessener Frist seit Kenntnis der Vorfälle erklärt wurde.

Der erste Vorfall, „Décolleté / Absprütz(l)e“, hat sich am 23. Januar 2003 ereignet. Unbestritten ist, dass der Kläger auf die Frage von S. J. und B. E., ob sie sich für das Mitarbeiterinnenessen umziehen gehen dürfen, geantwortet hat, „Ja, aber bitte mit Décolleté“. Dies störte die beiden Mitarbeiterinnen sehr. Der Zeuge S. Z. hat diesen Vorfall ein oder zwei Tage später der stellvertretenden Heimleiterin N. gemeldet. Das Wissen von N. ist aufgrund ihrer hierarchischen Stellung der Beklagten zuzurechnen. Weil die Kündigung erst 5 Wochen später ausgesprochen wurde, ist die Rechtzeitigkeit der fristlosen

Kündigung für diesen Vorfall zu verneinen. Deshalb kann offengelassen werden, ob der Kläger bei diesem Gespräch noch weitere Bemerkungen mit sexuellem Bezug gemacht hat, insbesondere welches der beiden Wörter „Absprütze“ oder „Absprützele“ er verwendet hat. Ebenso kann offengelassen werden, ob die beiden Frauen bei dieser Bemerkung anwesend waren und ob dieser Vorfall bei rechzeitigem Handeln zu einer fristlosen Kündigung berechtigt hätte.

Der zweite Vorfall, der „Griff an die Brust“, soll am 7. Februar 2003 geschehen sein. Die Beklagte behauptet, der Kläger habe anlässlich eines Phototermins an die linke Brust der Mitarbeiterin N. S. gegriffen. Der Kläger bestreitet diesen Vorfall. Die betroffene Mitarbeiterin hat dem zuständigen Heimleiter J. am 12. Februar 2003 Meldung gemacht, mithin 19 Tage vor der fristlosen Kündigung. Auch für diesen Vorfall ist das Recht zur fristlosen Kündigung wegen des verspäteten Handelns der Beklagten verwirkt. Daher kann analog zum ersten Vorfall offengelassen werden, ob der Kläger tatsächlich an die Brust der Mitarbeiterin gegriffen hat und ob dies zur fristlosen Kündigung berechtigt hätte.

Als dritter Vorfall wird die Beschimpfung der Mitarbeiterin N. S. genannt, welche am 22. Februar 2003 passiert sein soll. Der Kläger habe sie während einer Aussprache wegen des Vorfalles vom 7. Februar 2003 als ein „intragantes Weib“ bzw. als ein „hinterlistiges Weib“ bezeichnet. Der Kläger bestreitet auch diesen Vorfall. Die Zeugin Y. G. hörte und erkannte zwar die lauten Stimmen der Beteiligten, konnte aber nicht verstehen, was gesprochen wurde. Der Vorfall wurde der stellvertretenden Heimleiterin N. gleichentags gemeldet. Die Beklagte wusste demnach 9 Tage vor der Kündigung davon, weshalb auch dieses Ereignis nicht zur Begründung der fristlosen Kündigung dienen kann.

Der vierte Vorfall, eine Bemerkung über die Penisgrösse in Anwesenheit zweier Mitarbeiterinnen, ereignete sich am 1. März 2003, also 2 Tage vor der fristlosen Kündigung. Für diese Begebenheit ist die fristlose Entlassung zweifellos rechtzeitig erfolgt. Es ist somit zu prüfen, ob dieser Vorfall einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR darstellt. Als wichtiger Grund gilt gemäss Art. 337 Abs. 2 OR jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Lehre und Rechtsprechung stellen hohe Anforderungen an das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Die fristlose

Kündigung soll die „ultima ratio“, gewissermassen das „Notventil“ sein. Je kürzer die noch nicht abgelaufene befristete Vertragsdauer ist, umso gewichtiger muss der angeführte Grund sein, um zur fristlosen Kündigung zu berechtigen (*Staehein, a.a.O., N 4 zu Art. 337, mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung*).

Weiter wird zwischen absoluten und relativen Kündigungsgründen unterschieden: Minder schwere Pflichtverletzungen genügen nur dann für eine fristlose Kündigung, wenn zuvor bereits eine Verwarnung ergangen war (relative Kündigungsgründe). Schwere Pflichtverletzungen berechtigen hingegen ohne jegliche Verwarnung zur fristlosen Kündigung (*absolute Kündigungsgründe; vgl. BGE 127 III 153 E. 1c; Rehbind, a.a.O., N 2 zu Art. 337 OR*).

Sexuelle Belästigungen wurden von der Rechtsprechung wiederholt als wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR angesehen (vgl. beispielsweise das Urteil des Zürcher Arbeitsgerichtes vom 30.09.1998, publiziert in: SJZ 95 S. 122 ff. oder das Urteil des Einzelrichters des Bezirks Schwyz vom 6.11.2000, EB 99/26, publiziert in: EGVSZ 2000 S. 131 ff.). Eine sexuelle Belästigung ist eine unerwünschte sexuelle Annäherung, welche das geschlechtliche Fühlen und Empfinden der Zielperson verletzt. Darunter fallen beispielsweise anzügliche Bemerkungen, unsittliche Anspielungen, Gesten, Berührungen und Berührungsversuche sowie das Vorzeigen von pornographischen Bildern oder Objekten (JAR 1999 S. 295 f.) In subjektiver Hinsicht muss sich das Opfer tatsächlich belästigt fühlen. Daneben ist das Vorliegen einer Belästigung auch nach einem objektiven Massstab zu beurteilen. Dabei ist auf das Durchschnittsempfinden weiblicher Personen abzustellen. Bereits Worte können den Tatbestand der sexuellen Belästigung erfüllen. Nötig ist aber, dass es sich dabei um einen Angriff auf die Persönlichkeit der Zielperson handelt (vgl. SJZ 95 S. 123 und EGVSZ 2000 S. 132).

Für den zu berücksichtigenden Vorfall schildern die Beteiligten übereinstimmend folgenden Sachverhalt: Am 1. März 2003 fand zwischen dem Kläger und den Mitarbeiterinnen M. B. und Y. G. anlässlich der Übergabe von der Tages- zur Nachtschicht ein Gespräch statt. M. B. fragte den Kläger, weshalb dem Heimbewohner H. ein kleineres Urinal angelegt worden sei. Gemäss M. B. antwortete der Kläger, scheinbar werde im Alter das männliche Glied kleiner, und fügte hinzu, dass bei ihm dies nicht der Fall sei. Es funktioniere noch alles bestens. Y. G. schildert den gleichen Gesprächsablauf mit dem

kleinen Unterschied, dass der Kläger das Wort „Penis“ nicht verwendet habe, sondern lediglich gesagt habe, „es sieht so aus, als ob ‚sin‘ (H.'s) geschrumpft sei, aber bei mir nicht“. Der Kläger bestreitet diese Bemerkung grundsätzlich nicht. Die Mitarbeiterin M. B. gab zu Protokoll, dass sie sich durch die Bemerkung des Klägers nicht angegriffen gefühlt habe. Die Mitarbeiterin Y. G. sagte aus, dass sie die Bemerkung nicht angenehm gefunden habe.

Die Bemerkung des Klägers fällt in den weiteren Bereich der sexuellen Belästigung, denn sie weist einen unerwünschten sexuellen Bezug auf, der über das übliche Mass hinausgeht. Die Frage der altersbedingten Veränderung des männlichen Geschlechtsteils ergab sich aus der Arbeitssituation heraus. Der persönliche Bezug des Klägers auf das eigene Geschlechtsorgan war aber unangebracht. Der Bemerkung fehlt jedoch jegliche persönliche Spitze, indem die Bemerkung keinen direkten Bezug zu den Zuhörerinnen hatte. M. B. sagt denn auch aus, dass sie sich nicht persönlich angegriffen fühlte. Y. G. empfand die Bemerkung zwar als nicht angenehm. Ein für eine schwere Pflichtverletzung nötiger Angriff auf die Persönlichkeit liegt jedoch nicht vor.

Die Bemerkung des Klägers ist somit nach objektiven wie subjektiven Gesichtspunkten nicht als schwere Pflichtverletzung zu qualifizieren, womit sie keinen absoluten Kündigungsgrund darstellt. Hingegen ist sie als minder schwere Pflichtverletzung und somit als relativer Kündigungsgrund einzustufen, was jedoch nur nach ergangener Verwarnung und erneutem Zuwiderhandeln zur fristlosen Entlassung berechtigt hätte. Eine Verwarnung ist vorliegend nicht erfolgt.

Im Falle einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der vereinbarten Vertragszeit beendet worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR). Im vorliegenden Fall wäre das befristete Arbeitsverhältnis durch Ablauf der Vertragszeit am 31. Mai 2003 ordentlich zu Ende gegangen. Der Kläger hat somit Anspruch auf die Nettolöhne der Monate März, April und Mai inkl. Anteil des 13. Monatslohns sowie sämtliche weiteren Leistungen, die er erhalten hätte, wenn er gearbeitet hätte (*Streiff/v.Kaenel, a.a.O., N 2 zu Art. 337c OR und N 9 zu Art. 324a/b OR*). Demgemäss sind vorliegend auch die Zulagen für Pikett- und Sonntagsdienste, die Arbeitswegvergütung sowie die Aufrechter-

haltung des Vorsorgeschutzes geschuldet. Abzuziehen ist, was die Beklagte bereits ausbezahlt hat.

Neben der Ersatzleistung kann das Gericht gemäss Art. 337c Abs. 3 OR den Arbeitgeber zur Zahlung einer Entschädigung an den Arbeitnehmer in der Höhe von bis zu 6 Monatslöhnen verpflichten. Eine solche „Entschädigung“ mit dem Charakter einer Strafzahlung ist dem Arbeitnehmer in aller Regel zuzusprechen. Einzig bei Vorliegen eines klaren Grenzfalls, wenn gerade noch kein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung gegeben ist, darf von einer Entschädigung abgesehen werden. Unter anderem stellt das Mitverschulden des Arbeitnehmers an der fristlosen Entlassung eines der Elemente dar, aufgrund derer der Richter entscheidet, ob der Arbeitgeber eine solche zivilrechtliche Strafe zu zahlen hat (SGGVP 1990 N. 53 S. 140 Erwägung 8; SOG 1990 N. 7 S. 28 Erwägung 7).

Nur schon die unbestrittenen Vorfälle vom 23. Januar 2003 („Décolleté“) und vom 1. März 2003 („Penisfunktion“) stellen klare Pflichtverletzungen dar, welche allerdings bloss minder schwer wiegen bzw. aus formellen Gründen nicht zum wichtigen Grund für die fristlose Entlassung dienen. Der Kläger hat sich mit diesen Aussagen unkorrekt verhalten und trägt somit ein nicht unerhebliches Mitverschulden an der fristlosen Kündigung. Der Antrag des Klägers auf Ausrichtung einer Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR ist daher abzuweisen.

KGer, 3. Abt., 05.07.2004