

*Urteil***Nachschieben von Kündigungsgründen**

Als wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung kommt nur ein Ereignis infrage, das vor dem Aussprechen der Kündigung stattgefunden hat. Es kann bei der Begründung auch dann geltend gemacht werden, wenn es im Zeitpunkt der Kündigung noch nicht bekannt war. Mehrfaches Fehlverhalten als Kündigungsgrund setzt eine Verwarnung voraus.

Sachverhalt

A. war seit dem 1. September 2010 bei der X. GmbH als Gipser angestellt.

Anfang April 2011 ersuchte A. bei seinem Vorgesetzten um eine Bewilligung, an beziehungsweise nach Ostern zwei Wochen Ferien beziehen zu dürfen, was ihm verwehrt wurde. Gemäss Darstellung von A. soll sein Vorgesetzter hernach darauf zurückgekommen sein und ihm den Ferienbezug bewilligt haben, was indessen von X. bestritten wird. Am Vormittag des 21. April 2011 verliess A. seinen Arbeitsplatz und erschien erst am 9. Mai 2011 wieder zur Arbeit. Bereits am 21. April 2011 hatte X. eine fristlose Kündigung ausgesprochen, indem sie A. ein entsprechendes Schreiben nach Hause sandte. Am 9. Mai 2011, nachdem A. nach seinen Ferien die Arbeit wieder aufnehmen wollte, wurde ihm eröffnet, er sei fristlos entlassen worden und brauche nicht mehr zur Arbeit zu kommen.

Aus den Erwägungen

5. X. rügt eine Verletzung von Art. 337 OR.

5.1 Sie macht geltend, die fristlose Kündigung sei gültig erfolgt, da diese unmittelbar nach Rückkehr von A. aus seinen eigenmächtig bezogenen Ferien, am 9. Mai 2011, ausgesprochen worden sei. Die Auffassung der Vorinstanz, wonach X. am 9. Mai 2011 A. lediglich das

Schreiben vom 21. April 2011 übergeben habe, ohne eine erneute Willenserklärung abzugeben, sei falsch. Eine Kündigung sei erst mit dem Zugang bei der anderen Partei wirksam. Es sei unbestritten, dass A. die Kündigung vom 21. April 2011 nie zugegangen sei, weshalb auf die Willensbildung von X. vom 9. Mai 2011 abzustellen sei; an diesem Tag habe sie A. ihren Willen kundgetan und A. habe diesen in Empfang genommen.

5.1.1 Die Vorinstanz hat erwogen, dass zwischen der Aussprechung der fristlosen Entlassung, das heisst der Abgabe der entsprechenden Willenserklärung durch X., und dem Zugang dieser Willenserklärung an A. zu unterscheiden sei.

X. habe unbestrittenermassen am 21. April 2011 ein Kündigungsschreiben an A. verfasst, welches ihm aber nie zugegangen sei. Es ergebe sich jedoch aus den Behauptungen von X., dass sie bis zum 9. Mai 2011 davon ausgegangen sei, dass A. ihr Schreiben vom 21. April 2011 erhalten habe. Als A. am 9. Mai 2011 verneint habe, das Schreiben vom 21. April 2011 erhalten zu haben, sei ihm eine Kopie des Kündigungsschreibens vom 21. April 2011 ausgehändigt worden. Das Datum, auf welches A. gekündigt wurde (22. April 2011), sei dabei unverändert geblieben. Die diesbezüglichen neuen

Behauptungen von X., wonach ihr Vertreter die fristlose Kündigung aufgrund des eigenmächtigen Ferienbezugs gegenüber A. am 9. Mai 2011 erneut ausgesprochen habe, seien verspätet und nicht mehr zu beachten. X. behaupte denn auch in keiner Art und Weise, dass sie am 9. Mai 2011 nochmals eine Willensbildung bezüglich der fristlosen Entlassung vorgenommen und eine entsprechende Erklärung abgegeben habe. Folglich sei davon auszugehen, dass A. am 9. Mai 2011 lediglich das Kündigungsschreiben vom 21. April 2011 persönlich ausgehändigt wurde und X. keine «neue» Willenserklärung abgegeben habe. Zum Zeitpunkt der ausgesprochenen Kündigung, am 21. April 2011, haben jedoch keine wichtigen Gründe vorgelegen, welche die Entlassung von A. gerechtfertigt hätten.

5.1.2 Eine Kündigung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie entfaltet damit ihre Wirkung erst mit dem Empfang durch den Adressaten. Davon zu unterscheiden, ist jedoch der Zeitpunkt, in welchem die Kündigung





Illustration: Livia Lüthi

ausgesprochen wurde. Als wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR kommt nur ein Ereignis infrage, welches sich vor dem Aussprechen der fristlosen Entlassung abgespielt hat. Nicht erforderlich ist aber, dass dieses Vorkommnis der kündigenden Partei im Zeitpunkt der Kündigungserklärung bekannt war. Insofern ist das Nachschieben von Kündigungsgründen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zulässig. Sind das Verhalten oder die Umstände, die eine fristlose Kündigung rechtfertigen würden, hingegen erst nach der Kündigung eingetreten, rechtfertigen sie die – schon vorher ausgesprochene – fristlose Kündigung nicht.

5.1.3 Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die Behauptung von X., wonach sie am 9. Mai 2011 dem A. aufgrund des eigenmächtigen Ferienbezugs eine neue Kündigung ausgesprochen habe, im Berufungsverfahren verspätet vorgebracht wurde und demnach unbeachtlich sei. X. setzt sich mit dieser Feststellung keineswegs auseinander. Sie bringt lediglich vor, dass auf die Kündigungsgründe am 9. Mai 2011 abzustellen sei. Damit vermag sie jedoch die vorinstanzliche Feststellung nicht als willkürlich auszuweisen, zumal verbindlich festgestellt wurde, dass X. A. am 9. Mai 2011 (lediglich) das Schreiben vom 21. April 2011 ausgehändigt hat. Aus dem Wortlaut des Schreibens vom 21. April 2011 («Aufgrund der momentanen Wirt-

schaftslage, muss ich Ihnen mit diesem Schreiben leider mitteilen, dass die Firma X. GmbH das Arbeitsverhältnis mit Ihnen per 22. April 2011 auflöst») geht denn auch klar hervor, dass X. ihren Willensentschluss bereits am 21. April 2011 gefasst hat. Die Kündigung wurde so mit, wie die Vorinstanz willkürfrei festgestellt hat, am 21. April 2011 ausgesprochen.

Nach der zitierten Rechtsprechung kommt als wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR nur ein Ereignis infrage, das sich vor dem Aussprechen der fristlosen Kündigung, mithin vor dem 21. April 2011, abgespielt hat. X. kann sich demnach nicht darauf berufen, dass der eigenmächtige Ferienbezug von A. nach dem 21. April 2011 sie zur fristlosen Kündigung berechtigt hätte.

5.2 X. bringt sodann vor, dass entgegen der Auffassung der Vorinstanz bereits am 21. April 2011 genügend Gründe für eine fristlose Kündigung vorgelegen haben. Dabei macht sie geltend, dass das Verhalten von A. in seiner Gesamtheit zu betrachten sei; er habe am 21. April 2011 unberechtigterweise den Arbeitsplatz verlassen, sei von X. dringend des Diebstahls verdächtigt gewesen, habe mangelhafte Arbeit abgeliefert und habe sich seit Januar 2011 geweigert, Arbeitsrapporte einzureichen. Aufgrund dieser gesamten Betrachtung des zerrütteten Arbeitsverhältnisses hätten die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung bereits am 21. April 2011 bestanden.

5.2.1 Diese Auffassung von X. trifft jedoch nicht zu. Besteht der Kündigungsgrund nicht in einem einzelnen Fehlverhalten von A., sondern in der Kumulation von solchen, welche für sich genommen die fristlose Kündigung nicht rechtfertigen können, so ist diese nach der Rechtsprechung nur zulässig, wenn A. die Pflichtverletzung trotz einer ausgesprochenen Verwarnung wiederholt.

5.2.2 Die Vorinstanz hat ohne Bundesrechtsverletzung festgestellt, dass die einzelnen behaupteten Vertragsverletzungen nicht derart gravierend gewesen seien, dass mit Blick darauf X. die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses

nicht mehr hätte zugemutet werden können. Keine der durch A. angeblich begangenen Verfehlungen habe X. zur fristlosen Kündigung berechtigt.

X. habe nie behauptet, dass A. für die von ihm übernommene Arbeitsaufgabe total unfähig gewesen sei, womit die mangelnde Arbeitsleistung kein Grund für eine fristlose Kündigung dargestellt habe. Ebenso wenig lasse sich eine fristlose Kündigung durch das fehlende Einreichen der Arbeitsrapporte von Januar bis April 2011 rechtfertigen. So habe auch der angeblich begangene Diebstahl durch A. X. nicht zur fristlosen Kündigung berechtigt; X. habe trotz Verdacht des Diebstahls das Arbeitsverhältnis noch rund zwei Monate weitergeführt, ohne dass es ihr unzumutbar gewesen wäre. Deshalb habe sie ihr Recht auf eine fristlose Kündigung verwirkt. Die Vorinstanz hielt sodann fest, dass auch das ungerechtfertigte Verlassen der Arbeitsstelle durch A. am 21. April 2011 nicht zu einer fristlosen Kündigung ausgereicht habe. Schliesslich könne ebenso der eigenmächtige Ferienbezug durch A. vom 21. April bis zum 9. Mai 2011 nicht berücksichtigt werden, da dieser im Zeitpunkt der Kündigung (21. April 2011) noch gar nicht bekannt gewesen sei.

5.2.3 Dass X. A. jemals für sein Verhalten verwarnt hätte, wurde von der Vorinstanz nicht festgestellt und wird von X. auch nicht vorgebracht. Demzufolge ist die Vorinstanz ohne Verletzung von Bundesrecht davon ausgegangen, dass auch die Gesamtheit der A. vorgeworfenen Verfehlungen X. am 21. April 2011 nicht zur fristlosen Kündigung berechtigt hat.

5.3 Es ist demnach mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass im Moment der Aussprache der Kündigung (21. April 2011) keine wichtigen Gründe vorgelegen haben, die eine fristlose Kündigung gerechtfertigt hätten. Die fristlose Kündigung ist demnach ungerechtfertigterweise erfolgt.

Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts, 18. März 2013 (4A_559/2012)