

# ARBEITSRECHT

FEBRUAR 2016  
NEWSLETTER 02

KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE – PERSPEKTIVEN



## Liebe Leserin, lieber Leser

Mussten Sie bereits einmal jemanden fristlos entlassen? Wie Sie bestimmt wissen, ist dafür ein wichtiger **Kündigungsgrund** nötig. Doch wann ist ein solcher Grund gegeben? Anhand von Beispielen aus der aktuellen Rechtsprechung zeigen wir Ihnen, in welchen Fällen eine **fristlose Kündigung** gerechtfertigt ist.

Ein weiterer Schwerpunkt dieser Ausgabe liegt auf dem Thema **Spesen**.

Verschiedenste Praxisfälle liefern Ihnen Antworten auf offene Fragen. Nicht nur bei der Verpflegung und beim Geschäftsauto, sondern auch bei der **Berufskleidung** bestehen oft Unklarheiten in Bezug auf Spesenansprüche. Erfahren Sie, wann der Arbeitgeber die Kosten zu tragen hat.

Herzlichst Ihr

Ralph Hofbauer, Redaktor

## IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema –  
Fristlose Kündigung Seite 1
- Gerichtsentscheid –  
Fristlose Kündigung Seite 4
- Gerichtsentscheid –  
Krankheitskosten Ausland Seite 5
- Top-Thema –  
Berufskleidung Seite 6
- Praxisfälle – Spesen Seite 8
- Gerichtsentscheide –  
Geschäftsgeheimnisse Seite 10
- Arbeitshilfe –  
Spesenreglement Seite 12

## Mit gutem Grund fristlos entlassen?

Ob eine fristlose Kündigung gerechtfertigt ist, liegt im Ermessen der Richter. Fünf exemplarische Fälle aus der neueren Bundesgerichtspraxis veranschaulichen die Voraussetzungen für eine fristlose Entlassung.

### ■ Von Tonia Villiger, Rechtsanwältin/Fachanwältin SAV Arbeitsrecht

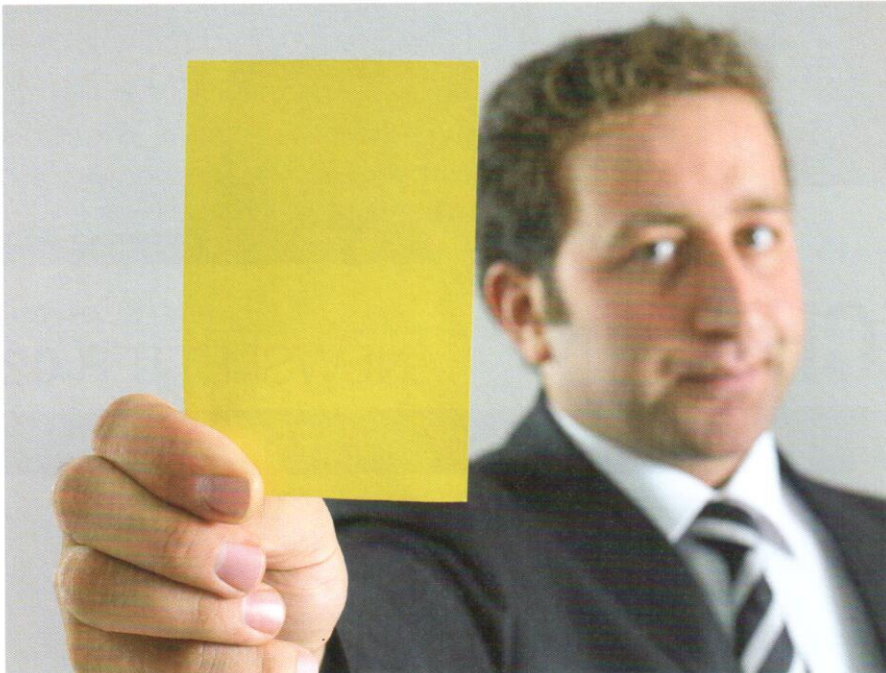
Gemäss Art. 337 OR können Arbeitgeber und Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen. Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR). Über das Vorhandensein eines wichtigen Grunds entscheidet der Richter nach seinem Ermessen.

Da das richterliche Ermessen über das Vorhandensein eines wichtigen Grunds entscheidet, ist es nicht möglich, die Fälle, in denen eine fristlose Kündigung zulässig ist, abschliessend zu benennen. Es lässt sich einzig mit Gewissheit sagen, dass in keinem Fall die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung als wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung anerkannt werden darf (Art. 337 Abs. 3 OR).

Anhaltspunkte dafür, in welchen Fällen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar ist, geben die Entscheide der Gerichte. Die folgenden Beispiele veranschaulichen, in welchen Fällen das Bundesgericht einen wichtigen Grund als gegeben erachtet.

### Praxisfall 1: Arbeitszeiterfassung manipuliert

Eine Mitarbeiterin in der Produktion hatte an drei verschiedenen Tagen den Arbeitsplatz zwischen 16 und 17 Uhr verlassen, ohne vorher auszustempeln. Sie sagte dazu, sie habe die Erfassung wahrscheinlich vergessen. Die Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis fristlos, worauf die Mitarbeiterin einen Betrag von 30 000 Franken einklagte. Die Vorinstanz wies die Klage ab. Sie schloss ein blosses Vergessen aus, weil ein Bildschirmfoto der elek-



Grundsätzlich muss vor der fristlosen Kündigung eine Verwarnung ausgesprochen werden.

tronischen Zeiterfassung Ausstempelzeiten zwischen 20:15 und 20:41 Uhr aufwies. Ein Funktionsfehler des Systems und die Existenz eines zweiten Badges wurden aufgrund von Zeugeneinvernahmen ausgeschlossen. Somit habe die Mitarbeiterin ihren Badge entweder einer anderen Person zum Ausstempeln überlassen oder sei zum Ausstempeln nochmals zurückgekommen.

#### Schwerwiegender Verstoss

Das Bundesgericht schützte diese Ansicht. Es bestätigte seine Rechtsprechung, wonach die Stempeluhrmanipulation einen schwerwiegenden Verstoss gegen die Treuepflicht des Arbeitnehmers darstellt. Sodann berücksichtigte es in casu, dass das Arbeitsverhältnis nur knapp zehn Monate dauerte und die Manipulationen mehrfach vorkamen (Urteil 4A\_395/2015 vom 2. November 2015).

#### Praxisfall 2: Spritzfahrt mit Jaguar

Eine Garage bildete einen Automechaniker-Lehrling aus. Nach 1½ Jahren wurde er von der Arbeitgeberin mehrere Male darauf aufmerksam gemacht, dass sich seine Arbeitsleistung und sein Verhalten verbessern müssten. Ein Jahr später sollte der Lehrling den Jaguar eines Kunden an dessen Wohnort abholen und in die Garage fahren. Stattdessen legte er einen Umweg über mehre-

re Kilometer ein, während dem er mit stark übersetzter Geschwindigkeit unterwegs war. Er brachte den Wagen schliesslich mit einem Motorschaden aufgrund eines Ölverlusts zur Arbeitsstätte. Die Reparatur belief sich auf 20 651 Franken. Die Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis in der Folge fristlos. Die Versicherung lehnte die Übernahme des Schadens mangels Kausalzusammenhang ab, da der Ölverlust aufgrund eines losen Filters entstanden sei.

#### Klare Verwarnung fehlte

Anwendbar ist in diesem Fall Art. 346 OR, der die fristlose Kündigung für den Lehrvertrag regelt. Nebst den aufgelisteten wichtigen Gründen sind auch die Voraussetzungen von Art. 337 OR anwendbar. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die fristlose Kündigung ungerechtfertigt war. Einerseits war die Spritzfahrt allein kein so schweres Vorkommnis, dass es eine fristlose Entlassung rechtfertigte. Andererseits hatte es an einer klaren neuen Verwarnung gefehlt, da der Lehrling seit der letzten Verwarnung wieder positivere Leistungen erbracht hatte (Urteil 4A\_188/2014 vom 8. Oktober 2014).

#### Praxisfall 3: Mitarbeiter surft privat im Internet

Eine Arbeitgeberin spionierte heimlich einen Arbeitnehmer aus, indem er auf dessen

Computer während dreier Monate ein Überwachungsprogramm installierte. Aufgezeichnet wurden dabei sämtliche Internetaktivitäten, wie das Aufrufen von Internetseiten, der Austausch in Sozialen Medien, das Anschauen von Filmen und der private E-Mail- und E-Banking-Verkehr. Die Arbeitgeberin gelangte dabei sogar in Kenntnis vom Inhalt von Webseiten, da die Software auch Bildschirmfotos erstellte. Nach Abschluss der Überwachung stellte die Arbeitgeberin fest, dass der Arbeitnehmer 22,76 Prozent seiner Arbeitszeit für private Tätigkeiten verwendet und mehrfach gegen das interne Internet-Nutzungsreglement verstossen hatte. Darauf kündigte sie das Arbeitsverhältnis ohne Verwarnung fristlos.

#### Permanente Überwachung unzulässig

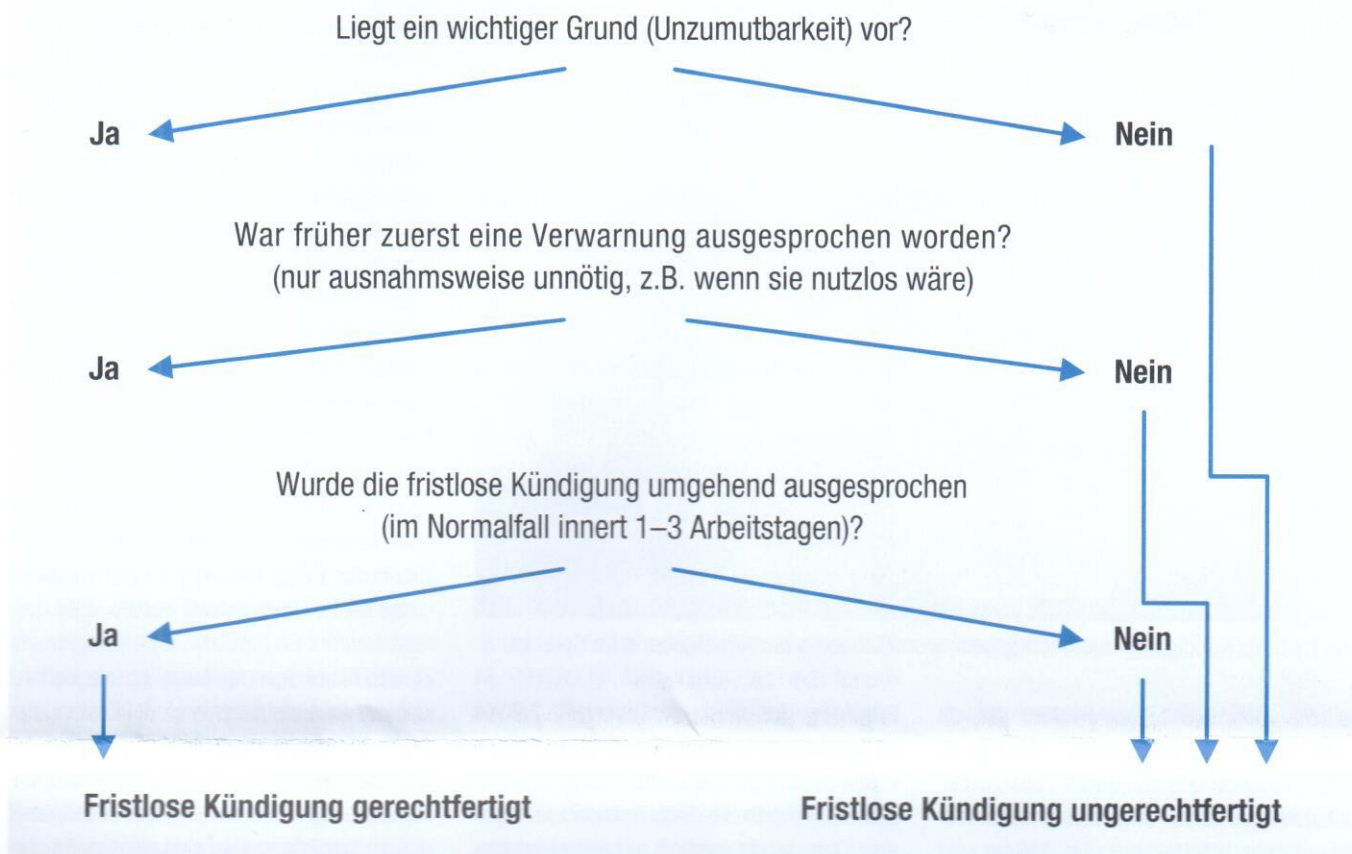
Das Bundesgericht erklärte den Einsatz einer Spionagesoftware als illegal bzw. die so erlangten Erkenntnisse als unzulässige Beweismittel. Die fristlose Kündigung war damit ungerechtfertigt. Das Bundesgericht begründete seine Entscheidung damit, dass eine solche permanente Überwachung ein Kontrollsystem zur Überwachung des Verhaltens des Arbeitnehmers darstelle. Dies sei gemäss Art. 26 Abs. 1 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz unzulässig und unverhältnismässig. Die Arbeitgeberin hätte auch weniger drastische Massnahmen ergreifen können, wie die präventive Sperrung von Webseiten oder die Analyse der Internetnutzung nach den Empfehlungen des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten (Urteil 8C\_448/2012 vom 17. Januar 2013).

#### Praxisfall 4: Vorgesetzte verletzt 4-Augen-Prinzip

Anlässlich eines Streits zwischen Mitarbeitenden und deren Vorgesetzter in einem Departement einer Bank kam am 26. März 2010 zur Sprache, dass die Vorgesetzte interne Weisungen verletzt hatte. Sie hatte ihren Untergebenen während ihrer Abwesenheiten ihr Passwort zum Informatiksystem mitgeteilt, damit die Mitarbeitenden ihre eigenen Kundentransaktionen selber bestätigten. Dies verletzte das interne 4-Augen-Prinzip. Sodann mussten die Mitarbeitenden während der Abwesenheit der Vorgesetzten Transaktionen über 100 000 Franken selber verifizieren sowie die Transaktionsjournale anstelle der Chefin selber kontrollieren. Die Unregelmäs-



## Grobes Schema zur fristlosen Kündigung nach Art. 337 OR



sigkeiten wurden intern unter Einschluss der Personal- und der Rechtsabteilung abgeklärt, worauf die Vorgesetzte die Vorwürfe anerkannte. Trotzdem wurde sie gut zwei Wochen später, am 12. April 2010, fristlos entlassen.

### Weisungen sind einzuhalten

Das Bundesgericht erachtete die fristlose Entlassung als gerechtfertigt. Insbesondere erwog es, dass die Vorgesetzte als Kadermitglied die ihr bekannten internen Weisungen hätte befolgen müssen, nicht zuletzt deshalb, weil diese höhere Interessen der Bank tangierten. Die Verstösse wögen umso schwerer, als sie wiederholt und während dreier Jahre begangen worden seien. Die Weitergabe der Passwörter durch die Vorgesetzte an ihre Untergebenen habe sodann eine ernsthafte Gefahr für die Sicherheit der elektronischen Daten bedeutet. Zudem habe die Vorgesetzte mit ihrem Verhalten ihre Abwesenheiten vertuscht. Das Bundesgericht erachtete zunächst eine Reaktionszeit für die fristlose Kündigung von drei Arbeitstagen ab

dem Zeitpunkt, als die Arbeitgeberin von den drei betroffenen Mitarbeitenden eine schriftliche Erklärung über die Vorfälle erhalten hatte (29. März 2010), als genügend kurz. Da die Vorgesetzte nach Ablauf dieser drei Arbeitstage bis zum 12. April 2010 in den Osterferien weilte, war die Aussprache der Kündigung erst am Tag ihrer Rückkehr ebenfalls legitim (Urteil 4A\_236/2010 vom 2. August 2012).

### Praxisfall 5:

#### Geschäftsführer bereichert sich

A war Geschäftsführer einer in Tschechien domizilierten Gesellschaft. Diese kündigte dem Geschäftsführer wegen Verdachts auf betrügerische Handlungen fristlos. Konkret wurde ihm vorgeworfen, er habe mehrmals Bonuszahlungen angenommen, die der Gesellschaft zugestanden hätten. A führte u.a. aus, es habe sich bei der fristlosen Kündigung um eine reine Verdachtskündigung gehandelt, wobei die Gesellschaft die entsprechenden Kündigungsgründe nicht aufgezeigt habe.

### Nachschieben von Gründen zulässig

Das Bundesgericht rief zunächst in Erinnerung, dass für Kaderpersonen bei der Frage, ob die für eine fristlose Kündigung erforderliche Schwere einer Pflichtverletzung vorliege, ein strenger Massstab anzulegen sei. Sodann hielt es an seiner Praxis fest, wonach als wichtiger Grund nach Art. 337 OR zwar nur ein Ereignis infrage komme, welches sich vor dem Aussprechen der fristlosen Entlassung abgespielt habe. Es sei aber nicht erforderlich, dass der Vorfall der kündigenden Partei zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung bekannt gewesen sei. Insofern sei das Nachschieben der Kündigungsgründe zulässig gewesen (Urteil 4A\_685/2011 vom 24. Mai 2012).



### AUTORIN

**Tonia Villiger** arbeitet mit den Schwerpunkten Vertrags-, Arbeits- und Immaterialgüterrecht als selbstständige Rechtsanwältin in Zürich ([www.anwalt-arbeitsrecht-zürich.ch](http://www.anwalt-arbeitsrecht-zürich.ch)).

Sie ist Fachanwältin SAV Arbeitsrecht.