

## FRISTLOSE KÜNDIGUNG



In der Praxis kommt es ab und an vor, dass ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmenden das Arbeitsverhältnis sofort kündigen möchte. Oft ist ein unliebsames Ereignis der Auslöser oder eine ungünstige Situation hat sich laufend verschlechtert. Der Entschluss zur fristlosen Kündigung wird oft unter dem Eindruck der Ereignisse spontan gefällt und dann im "Affekt" gekündigt. Was ist in dieser Situation zu beachten?

### Allgemeines

Gemäss Art. 319 ff OR verpflichtet sich der Arbeitnehmer zur Leistung von Arbeit auf bestimmte oder unbestimmte Zeit im Dienste des Arbeitgebers und dieser verpflichtet sich, dafür einen Lohn zu bezahlen. Der Arbeitnehmer ist in aller Regel verpflichtet, die Arbeit in seiner Person in der Organisation (Betrieb) des Arbeitgebers zu leisten. Daraus ergibt sich ein starker Persönlichkeitsbezug zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber mit gegenseitigen Rechten und Pflichten. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet zur Arbeitsleistung und zur Treue und Loyalität gegenüber dem Arbeitgeber, dieser zur Lohnzahlung und zur Fürsorge. Das Arbeitsverhältnis ist geprägt vom gegenseitigen Vertrauen der Parteien.

### Was, wenn dieses Vertrauensverhältnis gestört wird?

Das Obligationenrecht (Art. 337 Abs. 1) erlaubt den arbeitsvertraglich gebundenen Parteien, vom Grundsatz der ordentlichen Kündigung unter Beachtung einer Kündigungsfrist abzuweichen und ein Arbeitsverhältnis fristlos aufzulösen. Voraussetzung für eine fristlose Auflösung ist das **Vorliegen eines wichtigen Grundes**. Ein wichtiger Grund ist insbesondere dann gegeben, wenn dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden darf, nicht einmal bis zum ordentlichen Ablauf eines befristeten Arbeitsverhältnisses oder bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist. Liegt ein solcher Grund vor, kann das Arbeitsverhältnis "jederzeit" (Art. 337 Abs. 2 OR) sofort aufgelöst werden, selbst während Sperrfristen bei Krankheit, Unfall, Militärdienst oder Schwangerschaft.

Was ein wichtiger Grund ist und ob ein solcher vorliegt, wird im Gesetz nicht genauer umschrieben. Die abschliessende Beurteilung wird in das Ermessen des Richters gelegt (Art. 337 Abs. 3 OR). Der Richter hat damit die Möglichkeit, nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB) ein dem individuellen Fall angepasstes Urteil unter Berücksichtigung aller Umstände zu fällen.

### Fristlose Entlassung des Arbeitnehmers

Kein arbeitsrechtliches Thema beschäftigt hierzulande die Gerichte so oft wie die fristlose Auflösung eines Arbeitsverhältnisses. Dem entsprechend haben die Gerichte in einer Vielzahl von Entscheidungen einige Grundsätze und Kriterien formuliert:

Der wichtige Grund muss objektiv dazu geeignet sein, das Vertrauensverhältnis zu zerstören und auch im subjektiven Empfinden des Betroffenen diese Wirkung haben (vgl. BGE 116 II 141 ff). Nur die eine oder andere Betrachtungsweise für sich allein genügt nicht. Ein objektiv wichtiger Grund, der vom Betroffenen als "nicht so schlimm" empfunden wird, reicht demnach nicht für eine fristlose Kündigung.

Was als wichtiger Grund gelten kann, ist also im Einzelfall zu beurteilen und abhängig von der Art der zu leistenden Arbeit, der Stellung und Verantwortung des Arbeitnehmers und von der Art der zur Last gelegten Verfehlung. In angetrunkenem Zustand die Arbeit aufzunehmen, mag bei einem Reinigungsmitarbeiter vielleicht zu einer Verwarnung führen, dieselbe Verfehlung eines Busfahrers hat unweigerlich und zu Recht die fristlose Entlassung zur Folge. Aus diesem Beispiel ergibt sich, dass die fristlose Entlassung **verhältnismässig** sein muss und als strengste aller Massnahmen - insbesondere ohne vorherige Verwarnung - nur in Ausnahmefällen und **nur bei grösster Pflichtverletzung** anzuwenden ist.

Kann mit einer milderer Massnahme der Zweck auch erreicht werden, so hat diese jedenfalls Vorrang vor der härteren. Als mildere Massnahmen kommen etwa **Verwarnung** mit Androhung der fristlosen Entlassung im Wiederholungsfalle, Disziplinar-massnahmen (z.B. Zuweisung anderer Arbeit) **oder ordentliche Kündigung** unter Einhaltung der Kündigungsfrist in Frage.

Kleinere vereinzelte Pflichtwidrigkeiten vermögen eine fristlose Entlassung nicht zu rechtfertigen, es sei denn, sie kommen trotz klarer Weisungen und vorangehender Verwarnung laufend immer wieder vor (z.B. dauerndes zu spätes Erscheinen am Arbeitsplatz). Der wichtige Grund liegt dann im Wiederholen der Verfehlung.

Eine Verwarnung muss unmissverständlich erfolgen und dem Betroffenen zur Kenntnis gebracht werden, sonst entfaltet sie keine oder nicht die gewünschte Wirkung (aus Beweisgründen möglichst schriftlich). Sie soll deshalb Bezug auf das gerügte Verhalten nehmen, eine diesbezügliche Weisung enthalten und gleichzeitig die Sanktion im Wiederholungsfalle androhen (fristlose Entlassung). Ermahnungen oder Verwarnungen ohne Sanktionsandrohung reichen nicht als Begründung einer späteren fristlosen Entlassung. Ist eine Verwarnung wegen Verspätungen ausgesprochen worden, ist eine fristlose Entlassung im Falle von neuerlicher Verspätung unter Verweis auf die Verwarnung möglich, nicht aber aufgrund einer anderen geringfügigen Pflichtversäumnis (z.B. rauchen in der Nichtraucherzone).

Musste der Arbeitnehmer nicht ohne weiteres davon ausgehen, die Verfehlung zerstöre das Vertrauensverhältnis nachhaltig, ist die Verwarnung angezeigt und die fristlose Kündigung erst bei wiederholter (gleichartiger) Verfehlung gerechtfertigt. In Fällen schwerer Verstösse gegen arbeitsvertragliche Pflichten (Arbeitspflichten, Treuepflichten), kann eine fristlose Kündigung ohne vorgängige Verwarnung gerechtfertigt sein.

Gemäss Streiff/von Kaenel (Praxiskommentar Arbeitsvertrag, 6. A., Zürich 2006, N 5 zu Art. 337 OR) lassen sich die Tatbestände der fristlosen Entlassung eines Arbeitnehmers im Wesentlichen fünf Fallgruppen zuordnen:

▶ **Begehen eines Vergehens oder Verbrechens**

Rechtfertigt eine fristlose Kündigung, ob während der Arbeit oder ausserhalb begangen, wenn das Vertrauensverhältnis dadurch zerstört wurde. Dabei werden regelmässig strafbare Handlungen gegen den Arbeitgeber oder Mitarbeitende bereits in geringerem Ausmass als wichtiger Grund qualifiziert (z.B. Kollegendiebstahl, Veruntreuung von Geldern, schwere Verfehlungen gegenüber Vorgesetzten und Mitarbeitenden) als bei Delikten gegen Aussenstehende (z.B. ungerechtfertigter Taggeldbezug, Plagiat durch einen wissenschaftlichen Mitarbeiter).

▶ **Die persönliche Integrität herabsetzende Sachverhalte**

Vollstreckungen (Konkurs, Pfändungen) gegen Mitarbeitende, die über Finanzkompetenzen verfügen, oder wenn ein Mitarbeitender ein verwerfliches oder grob anstössiges Privatleben führt. Bei letzterem ist allerdings grösste Zurückhaltung in Bezug auf fristlose Entlassung am Platz.

▶ **Verletzungen arbeitsvertraglicher Pflichten**

Normalerweise ist bei solchen Verfehlungen eine vorgängige Verwarnung notwendig, sonst wird eine fristlose Kündigung als ungerechtfertigt zu qualifizieren sein. Bei groben Verletzungen kann die Verwarnung entfallen, so z.B. bei regelmässig zu spätem Erscheinen am Arbeitsplatz trotz Verwarnung, "Blaumachen", Verschweigen einer wieder hergestellten teilweisen Arbeitsfähigkeit, krasser Missbrauch von Kommunikationsmitteln während der Arbeitszeit (Internet, Telefon, etc.), Ferienantritt trotz klarer Weisung. Kein Grund für eine fristlose Entlassung besteht, wenn Schwangere ohne Arztzeugnis der Arbeit fernbleiben oder aufgrund einer unverschuldeten Abwesenheit (Krankheit, Unfall, etc.; Art. 337 Abs. 3 OR). Schlechterfüllung der Arbeit führt nur zu einer gerechtfertigten fristlosen Auflösung nach einer Verwarnung oder aufgrund schweren Verschuldens des Arbeitnehmers.

▶ **Grobe Verletzungen des Anstandes und Übergriffe auf Dritte**

In diese Kategorie gehören Beschimpfungen, Bedrohungen oder tätliche Angriffe auf Vorgesetzte, Mitarbeitende, Kunden oder andere Dritte. Hierbei ist immerhin dem Einzelfall und dem üblichen Umgangston sowie allfällig vorangegangenen Provokationen Rechnung zu tragen, denn der "normale" Umgangston ist sehr unterschiedlich z.B. auf dem Bau oder im Wellness-Familien-Hotel. Einmaliges sich-im-Ton-vergreifen begründet keine fristlose Entlassung ohne Verwarnung, grobe Beschimpfungen können allenfalls dazu Anlass geben. Regelmässig geben Tätlichkeiten, insbesondere sexuelle Übergriffe, Grund zur sofortigen Auflösung ohne vorgängige Verwarnung.

▶ **Verletzungen der Treuepflicht und Illoyalität gegen den Arbeitgeber**

Eine Verletzung der Treuepflicht ist gegeben bei Missachtung von klaren, berechtigten Weisungen nach vorangegangener Verwarnung, geschäftsschädigenden Indiskretionen, Fälschen von Spesenbelegen, beharrliche Weigerung Arbeitsschutzmassnahmen zu treffen, Annahme von Schmiergeldern, etc.

Als illoyal gelten etwa die Konkurrenzierung des Arbeitgebers, der Verrat von Geschäftsgeheimnissen, Werkspionage, aber auch herabwürdigende Äusserungen über Vorgesetzte und den Arbeitgeber gegenüber Dritten, oder das Abwerben von Mitarbeitern für eine neu gegründete eigene Firma.

#### ► Falsche Angaben bei der Bewerbung

Als zusätzliche Fallgruppe können falsche Angaben in der Bewerbung gelten, insbesondere über Kenntnisse und Erfahrung, falsche Zeugnisse etc. Solche Falschangaben können zu einer fristlosen Auflösung berechtigen, allerdings kann ein gestützt darauf geschlossener Vertrag auch ohne Kündigung aufgrund von Täuschung aufgelöst werden. Nicht als falsche Angaben gelten aber das Zurückhalten von Angaben über Krankheiten und Gewohnheiten, soweit sie nicht direkt die Arbeit beeinflussen.

Das Bundesgericht hat mehrfach festgehalten, dass bei geringeren Verfehlungen die Missachtung von Verwarnungen eine fristlose Auflösung rechtfertigt (vgl. u.a. BGE 112 II 50 E. 3a). Das Bundesgericht hat sich aber andererseits beharrlich gestraut, klare Regeln über Anzahl und Inhalt von Verwarnungen, welche einer fristlosen Auflösung vorangehen sollen, aufzustellen, um die Beurteilung des Einzelfalles möglichst offen zu lassen (vgl. BGE 127 III 153).

### Fristlose Kündigung durch den Arbeitnehmer

Zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer besteht weit weniger Praxis. Das Gesetz nennt in Bezug auf den Arbeitnehmer einen Grund ausdrücklich: Falls der Arbeitgeber zahlungsunfähig wird und er innert angemessener Frist keine Sicherstellung für die Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis stellt (Art. 337a OR). Immerhin ist dazu festzuhalten, dass die Konkursöffnung über den Arbeitgeber per se das Arbeitsverhältnis nicht auflöst und noch keinen wichtigen Grund für die fristlose Auflösung abgibt. Es ist durchaus möglich, dass die Konkursverwaltung den Betrieb ganz oder teilweise weiterführt und die Sicherstellung leistet bzw. die Löhne weiter als sog. Masseverbindlichkeiten aus der Konkursmasse bezahlt.

Hinzu kommen aber als wichtige Gründe für die fristlose Auflösung durch den Arbeitnehmer schwerwiegende Unterlassungen des Arbeitgebers in Bezug auf seine Fürsorgepflichten. Als Beispiele seien genannt: Schweres Mobbing ohne Einschreiten des Arbeitgebers, sexuelle Übergriffe oder Tätlichkeiten durch Vorgesetzte oder Mitarbeitende, nicht einhalten von Schutzbestimmungen trotz Mahnung, Herabwürdigungen und grobe Beschimpfungen oder Drohungen durch Vorgesetzte und Mitarbeitende, aber auch die Aufforderung zu gesetzeswidrigen Handlungen (z.B. Mitwirkung zu Betrug oder Fälschung, etc.).

Aber auch Gründe, die nicht beim Arbeitgeber liegen, können zur fristlosen Auflösung durch den Arbeitnehmer berechtigen, so z.B. wenn dieser durch den Tod eines Familienangehörigen gezwungen ist, die Familiengeschäfte zu führen.

Kein gerechtfertigter Grund ist die Feststellung von Missständen im Betrieb (es sei denn, der Arbeitgeber sei bereits abgemahnt worden) oder eine Freistellung nach bereits erfolgter ordentlicher Kündigung.



## Folgen der gerechtfertigten fristlosen Auflösung

Die Mitteilung der fristlosen Kündigung beendet das Arbeitsverhältnis unmittelbar. Soweit der Grund im vertragswidrigen Verhalten einer Partei liegt, hat diese vollen Schadenersatz unter Berücksichtigung aller Forderungen zu leisten (vgl. Art. 337b Abs. 1 OR). Der volle Schadenersatz beinhaltet alle finanziellen Einbussen, die dem Kündigenden bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin bzw. bis zum Ablauf eines befristeten Vertrages entstehen. Hat der Arbeitnehmer die fristlose Auflösung verschuldet, so ist er dem Arbeitgeber zum Ersatz der direkten Mehrkosten wie etwa Aufzahlungen für notwendige Überstunden anderer Arbeitnehmer, Kosten für Temporäreinsätze, etc., aber auch eines allfälligen durch den Wegfall der Arbeitskraft entgangenen Gewinnes verpflichtet. Immerhin muss sich dabei der Arbeitgeber den Wegfall der Lohnkosten des Gekündigten anrechnen lassen. Nicht als Schaden gelten i.d.R. Inserate und Evaluationskosten, die auch bei ordentlicher Kündigung angefallen wären.

Analoges gilt bei Verschulden der fristlosen Auflösung durch den Arbeitgeber. Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Schadenersatz im Umfange der Lohnzahlungen während einer ordentlichen Kündigung inklusive allfälliger (pro rata) Zulagen. Der Arbeitnehmer muss sich dabei einen anderweitigen Verdienst anrechnen lassen. Anderweitige Auslagen, die auch bei ordentlicher Kündigung entstanden wären (z.B. Umzugskosten, etc.), bilden normalerweise nicht Teil der Schadenersatzansprüche.

## Folgen bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung

Gravierender sind die Folgen gemäss Art. 337c OR bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung - also ohne wichtigen Grund - durch den Arbeitgeber. Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer nicht nur zu ersetzen, was dieser bei ordentlicher Kündigung noch verdient hätte, sondern darüber hinaus kann der Richter dem Arbeitnehmer eine Entschädigung im Betrag von bis zu sechs Monatslöhnen zusprechen. Der Arbeitnehmer muss sich an den Verdienstersatz anrechnen lassen, was er durch die sofortige Auflösung einspart oder anderweitig verdient.

### *Exkurs: Verdachtskündigung*

*Wird der Arbeitnehmer lediglich aufgrund eines reinen Tatverdachts fristlos entlassen, ist das Risiko für die Folgen beim Arbeitgeber. Erhärtet sich der Tatverdacht nicht, war die fristlose Entlassung i.d.R. ungerechtfertigt, mit den oben beschriebenen Folgen. In einigen Ausnahmefällen kann die fristlose Auflösung gerechtfertigt sein, selbst wenn sich der Verdacht nicht bestätigt (z.B. dringender Tatverdacht des Betruges durch einen Bankdirektor mit Untersuchungshaft und polizeilichen Untersuchungen, was den Ruf der Bank erheblich schädigt).*

## Ungerechtfertigter Nichtantritt oder Verlassen der Arbeitsstelle

In diesen Fällen steht dem Arbeitgeber eine vom Gesetz festgelegte "Konventionalstrafe" in der Höhe eines Viertels eines Monatslohnes des Arbeitnehmers zu (Art. 337d Abs. 1 OR). Soweit der Schaden nicht durch Verrechnung getilgt werden kann, ist er innert 30 Tagen durch Klage oder Betreibung geltend zu machen, ansonsten der Anspruch verwirkt (Art. 337d Abs. 3 OR). Über den Viertel des Monatslohnes hinausgehender nachweisbarer Schaden kann der Arbeitgeber zusätzlich geltend machen.

## Fazit

Die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses ist die schwerwiegendste aller Massnahmen und gilt als "Notventil" (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N3 zu Art. 337). Es ist vor Ergreifen einer derartigen Massnahme genau abzuwägen, ob ein wichtiger Grund vorliegt, der die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses wirklich unzumutbar macht. Ausser in ganz krassen und zweifelsfreien Fällen ist es unbedingt ratsam, den Entscheid nicht unmittelbar unter dem Einfluss der Emotionen, die ein solcher Fall auslöst, zu fällen.

Obwohl eine fristlose Kündigung zeitlich eng verbunden mit dem Ereignis erfolgen soll (höchstens bis drei Tage, sonst ist der Tatbeweis erbracht, dass eben keine Unzumutbarkeit im Sinne von Art. 337 Abs. 2 OR vorliegt), muss sich der Betroffene erst beruhigen können, um einen sachlichen und objektiven Entscheid zu fällen. Liegt ein wichtiger Grund vor und ist die fristlose Kündigung unter Berücksichtigung aller Aspekte gemäss den oben stehenden Ausführungen gerechtfertigt, ist sie unverzüglich, klar und unmissverständlich auszusprechen bzw. mitzuteilen.

Bevor eine unbedacht ungerechtfertigte fristlose Kündigung mit zum Teil unabsehbaren Folgen ausgesprochen wird, empfehlen wir, sich von einer unbeteiligten und objektiven Fachperson beraten zu lassen. Unser Juristen-Team steht Ihnen in solchen Fällen gerne auch kurzfristig zur Verfügung.

## Haben Sie Fragen?

Für Fragen oder bei Unklarheiten kontaktieren Sie bitte Ihren **Kundenpartner** oder eine unserer **Niederlassungen in Ihrer Nähe**.  
[www.bdo.ch](http://www.bdo.ch)

### BDO AG

Aarau	062 834 91 91	Rudolf Vogt	Lausanne	021 310 23 23	René Marc Blaser
Affoltern a. A.	043 322 77 55	Thomas Ammann	Liestal	061 927 87 00	Markus Imhof
Altdorf	041 874 70 70	Beat Marty	Lugano	091 913 32 00	Christian Vitta
Baden-Dättwil	056 483 02 45	Kurt Haller	Luzern	041 368 12 12	Heinz Vogel
Basel	061 317 37 77	Roland Stoffel	Olten	062 387 95 25	Alfons Hürzeler
Bern	031 327 17 17	André Fässler	Porrentruy	032 465 93 00	Alain Beuchat
Biel/Bienne	032 346 22 22	Alain Wirth	Sarnen	041 666 27 77	Beat Spichtig
Burgdorf	034 421 88 11	Fritz Rüfenacht	Sion	027 324 70 70	Christian Florey
Frauenfeld	052 728 35 00	Urs Rindlisbacher	Solothurn	032 624 62 46	Hansjörg Stöckli
Fribourg	026 435 33 33	Philippe Jenny	Stans	041 618 05 50	Ivan Christen
Genève	022 322 24 24	Eric Wavre	St. Gallen	071 228 62 00	Markus Meli
Glarus	055 645 29 30	André Burkart	Sursee	041 925 55 55	Rolf Kumschick
Grenchen	032 654 96 96	Christoph Kaufmann	Wetzikon	044 931 35 85	Hans-Jürg Spreiter
Herisau	071 353 35 33	Meinrad Müller	Zug	041 757 50 00	Markus Metzger
Lachen	055 451 52 30	Mario Patt	Zürich	044 444 35 55	Andreas Wyss
Laufen	061 766 90 60	John Brosi			

### Hinweis

Diese Publikation will einen Überblick vermitteln; sie enthält Informationen allgemeiner Art und kann eine individuelle Abklärung nicht ersetzen. Für den Inhalt wird keine Haftung übernommen. Es ist zu beachten, dass überlagernde Vorschriften bestehen können. Bei einer Verknüpfung mit einem früher erschienenen Newsletter ist die Rechtsentwicklung seit dem Erscheinen zu berücksichtigen.

### Copyright

Ein Abdruck dieses Artikels (auch auszugsweise) ist nur mit schriftlicher Zustimmung von BDO und mit Quellenangabe gestattet.

Bitte senden Sie uns ein Belegexemplar zu.

Ansprechperson: Heidi Fundinger

Tel: 044 444 35 09

E-Mail: [heidi.fundinger@bdo.ch](mailto:heidi.fundinger@bdo.ch)