Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.187/2004 /mks

Urteil vom 5. Juli 2004
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterin Rottenberg Liatowitsch,
Bundesrichter Nyffeler,
Gerichtsschreiberin Schoder.

Parteien
A._____,
Klägerin und Berufungsklägerin, vertreten durch Fürsprecherin Gabriele Lüthi,

gegen

X._____ AG,
Beklagte und Berufungsbeklagte, vertreten durch Fürsprecher Mark Hess,

Gegenstand
Arbeitsvertrag; fristlose Kündigung,

Berufung gegen den Entscheid des Appellationshofs des Kantons Bern, 1. Zivilkammer, vom 2. März 2004.

Sachverhalt:
A.
Mit Arbeitsvertrag vom 27. Juni 1997 stellte die X._____ AG A._____ auf den 15. Juli 1997 als Personal- und Kundenberaterin ein. Ab dem 1. Oktober 1997 war sie in dieser Funktion zu 100 % tätig. In Ziffer 3 des Arbeitsvertrages verpflichtete sie sich, "die ihr übertragenen Aufgaben sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin in guten Treuen wahrzunehmen." Gemäss Ziffer 4 ist sie "gegenüber jedermann zu grösster Verschwiegenheit über alle Vorkommnisse verpflichtet, von denen sie in ihrer dienstlichen Stellung erfährt."
A.a Die Arbeitnehmerin liebte ihre Arbeit und leistete bis zum Jahre 2000 gute Arbeit, was ihr mit Zwischenzeugnis vom 24. August 2000 bescheinigt wurde. Danach verschlechterte sich das Arbeitsklima stetig. Mit Schreiben vom 9. Oktober 2000 fasste B._____, Verwaltungsratsmitglied der X._____ AG, die Ergebnisse einer mit A._____ am 4. Oktober 2000 geführten Besprechung zusammen und hielt fest, es werde von ihr die strikte Einhaltung der internen und externen Spielregeln sowie eine loyale Haltung gegenüber der Geschäftsleitung erwartet. A._____ wurde angehalten, in Zukunft frühzeitig zu reagieren und im Bedarfsfall Hilfe anzufordern. Sie wurde daran erinnert, dass sie in einem Geschäftsbereich arbeitet, der besondere Sensibilität und Diskretion erfordere.
A.b Mit Schreiben vom 12. Februar 2001 fasste B._____ den Inhalt eines weiteren am 31. Januar 2001 mit A._____ geführten Gesprächs zusammen und verwarnte sie, indem er ihr erklärte, er werde unter keinen Umständen weiterhin tolerieren, dass sie eigenmächtig die ihr obliegenden Tätigkeiten, wie die Instruktion des temporären Personals, die Abgabe des Merkblattes etc. ausser Kraft setze oder Arbeitskollegen oder -kolleginnen in Bezug auf ihre Tätigkeit kontrolliere oder kritisiere.
A.c Nach einem Arztzeugnis war A._____ ab dem 28. März 2001 "betreffend die Arbeitszeit am Abend" zu 20 % krank.
A.d Mit Brief vom 30. März 2001 suspendierte B._____ A._____ in ihrem Arbeitseinsatz bis auf aus-

drücklichen Widerruf. Er begründete dies mit ihrer Intervention bei den Herren C._____ (D._____ AG) und E._____ (F._____), die er als krasse Verstösse gegen die Sorgfalts- und Treuepflicht sowie gegen die Pflicht zur Wahrung der berechtigten Interessen der Arbeitgeberin einstufte. A._____ wurde aufgefordert, sich während den üblichen Arbeitszeiten für Fragen zur Verfügung zu halten und sich einmal wöchentlich, jeweils am Freitag um 7.45 Uhr, telefonisch zu melden. Mit Schreiben vom 4. April 2001 verwahrte sich A._____ insbesondere gegen den Vorwurf des krassen Verstosses gegen die Pflicht zu Sorgfalt und Treue und zur Wahrung der Interessen der Arbeitgeberin. Sie erklärte, dass sie sich dem Wunsch B._____s, sich bei ihm zu melden, nicht widersetze, verlangte aber, dass alles, was zwischen ihnen abzuklären sei, zukünftig ausschliesslich in Schriftform zu erfolgen habe.
A.e Mit Schreiben vom 9. April 2001 lud B._____ A._____ auf den 11. April 2001 zu einer Besprechung ein, da sich G._____ darüber beschwert hatte, dass A._____ mit einer Drittperson über ihre Stellensuche gesprochen hatte. Am 10. April 2001 antwortete A._____, sie werde zu diesem Treffen nicht erscheinen. Sie sei im Übrigen berechtigt, jederzeit mit wem auch immer Gespräche zu führen, auch wenn es sich um Vorstellungsgespräche handle. Sie schulde dafür der Arbeitgeberin keine Rechenschaft. Am 11. April 2001 wurde A._____ ein neuer Gesprächstermin auf den 18. April 2001, 7.30 Uhr, gesetzt unter der Androhung der fristlosen Entlassung bei erneuter Gesprächsverweigerung oder für den Fall, dass sich die Indiskretionen bewahrheiten sollten. Mit Schreiben vom 12. April 2001 verlangte A._____, dass das Gespräch in Anwesenheit ihrer Anwältin oder einer neutralen Person durchgeführt oder auf Tonband aufgenommen werde.
A.f Das Gespräch hat am 18. April 2001 stattgefunden. Am 19. April 2001 wurde A._____ fristlos entlassen mit der Begründung, sie habe sich gegenüber Kunden der Indiskretion schuldig gemacht und ihre Geheimhaltungspflicht gegenüber Kandidaten verletzt. Ferner habe sie sich geweigert, sich einmal wöchentlich telefonisch bereit zu halten und zu einem klärenden Gespräch während der Arbeitszeit zu erscheinen, und auch sonst ihre Anstandspflicht verletzt.
B.
Mit Klage vom 29. April 2002 belangte A._____ die X._____ AG vor Gerichtskreis IV Aarwangen-Wangen auf Zahlung von Fr. 17'736.65 brutto (Lohn unter Berücksichtigung allfälliger Drittzahlungen) sowie Fr. 5'750.– brutto (Provision und 13. Monatsgehalt), von Ausbildungs- und Familienzulagen gemäss Vertrag und einer Entschädigung nach richterlichem Ermessen. Mit dieser Klage wurde eine solche des beco Berner Wirtschaft (vormals Kiga Arbeitslosenkasse) auf Zahlung von Fr. 5'406.10 netto vereinigt. Die X._____ AG erhob Widerklage auf Zahlung von Fr. 641.05 nebst Zins. Klage und Widerklage wurden am 18. September 2003 abgewiesen.

Auf Berufung von A._____ stellte der Appellationshof des Kantons Bern, I. Zivilkammer, mit Urteil vom 2. März 2004 fest, mit Bezug auf die Abweisung der Widerklage sei das Urteil des Gerichtspräsidenten I des Gerichtskreises IV Aarwangen-Wangen vom 18. September 2003 in Rechtskraft erwachsen, ebenso betreffend Klageabweisung gegenüber der Zweitklägerin. Die Klage von A._____ wurde abgewiesen.
C.
Die Klägerin beantragt dem Bundesgericht mit eidgenössischer Berufung, das Urteil des Appellationshofs vom 2. März 2004 aufzuheben, soweit damit ihre Klage abgewiesen wurde, und die Beklagte zu verurteilen, ihr Fr. 17'736.65 brutto aus Lohn sowie Fr. 5'750.– brutto (aus Provision und 13. Monatsgehalt) sowie Ausbildungs- und Familienzulagen gemäss Vertrag und eine Entschädigung nach richterlichem Ermessen zu bezahlen.

Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Nach dem angefochtenen Urteil vermochte die Beklagte die als Kündigungsgrund angegebenen Indiskretionen der Klägerin gegenüber Kunden, namentlich jene gegenüber G._____, nicht nachzuweisen. Unbewiesen blieb ferner die Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe sich geweigert, zu einem klärenden Gespräch bei der Beklagten zu erscheinen. Demgegenüber hielt die Vorinstanz dafür, die Beklagte habe das Antwortschreiben der Klägerin vom 4. April 2001, wonach sie sich dem Wunsch, sich bei Herrn B._____ zu melden, nicht widersetze, aber alle Abklärungen ausschliesslich in schriftlicher Form zu erfolgen hätten, "dahin interpretieren müssen", dass die Klägerin sich weigere, sich einmal wöchentlich telefonisch bereit zu halten. Ausserdem hat

die Klägerin nach Auffassung der Vorinstanz durch ihren Umgangston in den Schreiben vom 4. April und 10. April 2001 einerseits sowie durch das Stellen unangemessener Bedingungen für ein gemeinsames Gespräch im Schreiben vom 12. April 2001 andererseits die Regeln des Anstandes verletzt. Die Vorinstanz hielt die erwiesenen Verhaltensweisen der Klägerin jedoch nicht für derart gravierend, dass sie ohne vorgängige Warnung eine fristlose Entlassung gerechtfertigt hätten. Im Schreiben der Beklagten vom
12. Februar 2001 erblickte die Vorinstanz eine hinreichende, die fristlose Kündigung rechtfertigende Verwarnung, da es konkrete Verhaltensweisen aufzähle. Der Klägerin sei damit klar gemacht worden, dass man ihr Verhalten und Gebaren und die eigenmächtige Ausserkraftsetzung von Tätigkeiten nicht länger tolerieren werde. Dennoch habe die Klägerin ihren Umgangston nicht geändert, obwohl sich die Beklagte ihr gegenüber korrekt verhalten habe. Dieses Verhalten der Klägerin sei dem Arbeitsfrieden abträglich gewesen. Zur weiteren Trübung des Arbeitsverhältnisses habe beigetragen, dass die Beklagte aus dem Schreiben der Klägerin vom 4. April 2001 schliessen konnte, die Klägerin weigere sich, sie wöchentlich anzurufen, und dass sie aufgrund des Schreibens vom 10. April 2001 annehmen konnte, die Klägerin sei nicht bereit, an einem Gespräch über den Indiskretionsvorwurf teilzunehmen. Zur weiteren Erschütterung des Vertrauens hätten schliesslich auch die von der Klägerin für das Gespräch gestellten Bedingungen beigetragen. Nach Auffassung der Vorinstanz war die fristlose Kündigung daher gerechtfertigt.
2.
Die Klägerin wirft der Vorinstanz vor, missachtet zu haben, dass sie das Schreiben der Beklagten vom 12. Februar 2001 ernst genommen und ihr Verhalten hernach entsprechend angepasst habe. Dass sich die Klägerin angesichts ihres Gesundheitszustandes nach ihrer Freistellung die Anwesenheit Dritter im Sinne einer Sicherungsmassnahme vorbehalten habe, könne ihr nicht zum Vorwurf gereichen. Weder dadurch noch durch einen möglicherweise barschen Umgangston sei die Vertrauensbasis derart schwer beeinträchtigt worden, dass der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses wenigstens bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar gewesen wäre. Die Vorinstanz habe Art. 337 OR verletzt, indem sie dennoch wichtige Gründe für eine fristlose Kündigung angenommen habe.
3.
3.1 Nach Art. 337 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Abs. 3).

Ermessensentscheide überprüft das Bundesgericht an sich frei. Es übt dabei aber Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die hätten beachtet werden müssen. Es greift ausserdem in Ermessensentscheide ein, wenn sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 129 III 380 E. 2 S. 382, mit Hinweisen).

Nach der Rechtsprechung zu Art. 337 OR ist eine fristlose Entlassung nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist. Anderseits müssen die Verfehlungen auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (BGE 129 III 380 E. 2.1 S. 382, mit Hinweisen). Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab.
3.2 Die Vorinstanz stufte die von der Beklagten zur Begründung der fristlosen Entlassung erhobenen Vorwürfe zu Recht nicht als derart gravierend ein, dass sie ohne vorgängige Verwarnung die fristlose Kündigung gerechtfertigt hätten. Dabei hat es im Übrigen schon mangels Anfechtung durch die Beklagte sein Bewenden.
4.
4.1 Ist ein wichtiger Grund gegeben, so ist die fristlose Kündigung sofort auszusprechen. Andernfalls ist anzunehmen, das Einhalten der ordentlichen Kündigungsfrist sei für den Kündigenden subjektiv zumutbar, und

ist das Recht auf eine sofortige Vertragsauflösung verwirkt (BGE 130 III 28 E. 4.4 S. 34; 123 III 86 E. 2a S. 87; 112 II 41 E. 3b S. 51, je mit Hinweisen). Innert welcher Frist nach Kenntnis des wichtigen Grundes der Arbeitgeber die fristlose Kündigung erklären muss, ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ebenfalls aufgrund der Umstände des konkreten Falles zu entscheiden. In der Regel wird eine Überlegungsfrist von zwei bis drei Arbeitstagen als genügend angesehen. Ein Hinauszögern über diese Zeitspanne, die zum Nachdenken und Einholen von Rechtsauskünften ausreichen sollte, ist aber nur zulässig, wenn es mit Rücksicht auf die praktischen Erfordernisse des Alltags- und Wirtschaftslebens als verständlich und berechtigt erscheint (BGE 130 III 28 E. 4.4 S. 34, mit Hinweisen). Ist der Vorwurf von Anfang an klar und ist gegebenenfalls nur zu ermitteln, ob er zutrifft oder nicht, so kann der Arbeitgeber schon während der Abklärung des Sachverhalts überlegen, wie er reagieren will, wenn sich der Vorwurf als zutreffend
erweist. In einem solchen Fall kann verlangt werden, dass er die fristlose Entlassung nach Feststellung des Sachverhalts sofort ausspricht, ohne dass ihm noch einmal eine Überlegungsfrist gewährt werden muss (Bundesgerichtsurteil 4C.345/2001 vom 16. Mai 2002, E. 3.2, mit Hinweisen).

4.2 Diese Grundsätze verkannte die Vorinstanz, als sie der Beklagten wegen der im Schreiben der Klägerin vom 4. April 2001 erhobenen Forderung, dass weitere Abklärungen der zwischen den Parteien bestehenden Probleme ausschliesslich in Schriftform erfolgen, das Recht auf fristlose Entlassung zugestand. Die Vorinstanz übersieht, dass die Beklagte die Klägerin am 9. April 2001 zu einem Gespräch einlud, um den Verdacht einer Verletzung der Verschwiegenheitspflicht zu bereinigen. Von einer pflichtwidrigen Weigerung der Klägerin, sich telefonisch zu melden, ist im Brief der Beklagten vom 9. April 2001 nicht die Rede (Art. 64 Abs. 2 OG). Hätte die Beklagte die Wendung im Schreiben der Klägerin vom 4. April 2001 tatsächlich entsprechend der Auslegung der Vorinstanz als derartige Weigerung aufgefasst, hätte sie deswegen entweder sogleich die Kündigung aussprechen oder sich diese zumindest für den Fall vorbehalten müssen, dass sich die angenommene Weigerung, sich der erwähnten Weisung zu unterziehen, anlässlich der Besprechung bewahrheiten sollte. Die Beklagte tat weder das eine noch das andere. Sie hat daher das Recht verwirkt, sich auf die behauptete Weigerung, sich während der Suspendierung einmal wöchentlich telefonisch bereit zu
halten, als wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung vom 19. April 2001 zu berufen. Ob die Beklagte trotz der ausdrücklichen Erklärung der Klägerin, sie werde sich der Weisung nicht widersetzen, nach Treu und Glauben zur Annahme berechtigt war, es liege eine Weigerung vor, braucht unter diesen Umständen nicht geklärt zu werden.

4.3 Soweit die Vorinstanz ausführt, die Beklagte habe aus dem Schreiben der Klägerin vom 10. April 2001 nach dem Vertrauensprinzip schliessen dürfen, die Beklagte sei nicht bereit, an einem Gespräch betreffend den Indiskretionsvorwurf teilzunehmen, kann daraus entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht abgeleitet werden, der als Grund für die Kündigung vom 19. April 2001 angegebene Vorwurf der Gesprächsverweigerung zum Thema "Diskretion gegenüber Kandidaten" sei gegeben. Nachdem die Vorinstanz festgestellt hat, dass die Klägerin zum zweiten von der Beklagten vorgeschlagenen, auf den 18. April 2001 angesetzten Gesprächstermin erschienen ist und das Kündigungsschreiben vom Tage danach datiert, war bei dessen Abfassung klar, dass die Beklagte grundsätzlich gesprächsbereit war, der geltend gemachte Kündigungsgrund mithin nicht existierte.

5.

5.1 Es bleibt zu prüfen, ob für die von der Vorinstanz als Verletzungen der Anstandspflicht beurteilten Verhaltensweisen der Klägerin eine rechtsgenügende Abmahnung vorlag. Feste Regeln über Anzahl und Inhalt der erforderlichen Abmahnungen lassen sich angesichts der Vielzahl möglicher Fallumstände nicht aufstellen. Es gilt jedoch im Auge zu behalten, dass nicht die Verwarnung als solche für die Frage der Berechtigung der fristlosen Entlassung ausschlaggebend ist, sondern die Tatsache, dass ein Verhalten des Arbeitnehmers die Fortführung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist für den Arbeitnehmer nach Treu und Glauben unzumutbar machen kann. Das ist der Fall, wenn ein Arbeitnehmer, trotz klarer Verwarnung das beanstandete Verhalten nicht ändert (BGE 127 III 153 E. 1c S. 157). Dabei ist für eine gehörige Verwarnung unerlässlich, dass sie als solche erkennbar ist und dass der Arbeitnehmer daraus klar ersehen kann, welche Verhaltensweisen nicht mehr toleriert werden und wie er sich in Zukunft zu verhalten hat (Bundesgerichtsurteil 4C.322/2002 vom 18. Februar 2003, E. 3.1).

5.2 Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz zu Recht erkannt, dass dem Schreiben vom 12. Februar 2001 Warnfunktion zukommt. Indes missachtet sie wiederum, dass eine darauf bezogene fristlose Kündigung nur so weit begründet sein kann, als die Arbeitnehmerin auch nach Erhalt des betreffenden Schreibens fortfuhr, sich auf die darin umschriebene und als untolerierbar deklarierte Weise zu verhalten. Die Klägerin wurde im besag-

ten Schreiben unmissverständlich daran erinnert, dass sie sich einerseits nicht aussuchen könne, welche der ihr gestellten Aufgaben sie erledigen wolle, sondern dass sie alle ihr gemäss interner Organisation gestellten Pflichten zu erfüllen habe, und dass sie sich andererseits der Kontrolle und Kritik der Arbeit ihrer Kolleginnen und Kollegen zu enthalten habe. Wie die Vorinstanz - für das Bundesgericht verbindlich - feststellte, hat sich die Klägerin nach diesem Schreiben geändert. Unanständiges Benehmen allgemein, ein unangemessener Ton im Umgang mit der Arbeitgeberin im Speziellen oder inadäquate Forderungen dieser gegenüber wurden nicht gerügt. Wenn die Vorinstanz anführt, die Klägerin habe in den Schreiben vom 4. und 10. April 2001 einen provokativen Ton angeschlagen und deshalb mit Blick auf die Verwarnung vom
12. Februar 2001 die fristlose Kündigung für zulässig erachtet, verkennt sie die bundesrechtlichen Minimalanforderungen, welchen eine Verwarnung praxisgemäss zu genügen hat.
5.3 Die von der Vorinstanz als nachgewiesen betrachteten Anstandsverletzungen beziehen sich allesamt auf die Auseinandersetzung zwischen den Parteien über das Arbeitsverhältnis in einem Zeitraum, da die Klägerin bereits freigestellt war. Wenn sich die Klägerin unter solchen Umständen, konfrontiert mit dem ungerechtfertigten Vorwurf der Indiskretion, im Ton vergriff, wie sie selbst anerkennt, liegt darin kein wichtiger Grund für eine sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses.
6.
Aus den dargelegten Gründen ist die Berufung begründet, soweit die Vorinstanz vom Vorliegen rechtsgenügender Warnungen mit Bezug auf die angeführten Entlassungsgründe ausgeht. Da die Vorinstanz keinerlei Feststellungen zum Quantitativ der klägerischen Forderung getroffen hat, ist dem Bundesgericht ein Entscheid in der Sache nicht möglich, weshalb die Akten zur Ergänzung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen sind.
7.
Das Verfahren ist kostenlos (Art. 343 Abs. 3 OR). Die Klägerin, die mit ihrem Antrag im Grundsatz durchdringt, hat als obsiegende Partei eine Entschädigung für das Verfahren vor Bundesgericht zugute (Art. 159 Abs. 1 und 2 OG; BGE 115 II 30 E. 5c S. 42). Dafür erscheint ein Betrag von Fr. 2'000.– angemessen.
Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
In teilweiser Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Bern, 1. Zivilkammer, vom 2. März 2004 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2.
Die Beklagte hat die Klägerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'000.– zu entschädigen.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Appellationshof des Kantons Bern, 1. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 5. Juli 2004
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: