Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.112/2002 /rnd

Sitzung vom 8. Oktober 2002
I. Zivilabteilung

Bundesrichterinnen und Bundesrichter Walter, Präsident,
Corboz, Klett, Rottenberg Liatowitsch, Ersatzrichter Geiser,
Gerichtsschreiber Huguenin.

X._____ AG,
Beklagte und Berufungsklägerin,

gegen

A._____,
Kläger und Berufungsbeklagten, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Marc R. Richter, Rämistrasse 3, Postfach 229, 8024 Zürich.

fristlose Entlassung,

Berufung gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 28. Januar 2002.

Sachverhalt:
A.
A._____ (Kläger) war seit dem 13. November 1996 als Informatik-Center-Berater in der EDV-Abteilung der X._____ A (Beklagte) angestellt. Am 23. Mai 1997 übernahm er die Leitung des Informatik-Centers in personeller und fachlicher Hinsicht.

Am 20. Januar 1999 meldete der Chef der Reinigungsequipe der Beklagten, dass er seit November 1998 immer wieder Blutspritzer in der Herrentoilette im 3. Stock reinigen müsse. In der ersten Januarwoche habe er den Spritzenkopf einer gebrauchten Spritze in der Toilette gefunden. Diese und ähnliche Vorkommnisse veranlassten die Beklagte, bestimmte Mitarbeiter überwachen zu lassen. Am Freitag, den 19. Februar 1999, wurde festgestellt, dass sich der Kläger am Nachmittag während ca. eineinhalb Stunden in der Toilette im 3. Stock aufhielt und diese danach physisch angeschlagen verliess. Am gleichen Nachmittag wurde der Kläger durch ein Inspektoratsmitglied der Beklagten befragt. Er gab zu, dass er ungefähr einmal pro Woche Drogen konsumiere, aber nicht während der Arbeitszeit. Im Anschluss an diese Besprechung wurde das Arbeitsverhältnis durch eine Aufhebungsvereinbarung mit sofortiger Wirkung aufgelöst. In der Folge wurde dem Kläger der Lohn, das Ferienguthaben und der Anteil am 13. Monatslohn bis zum 19. Februar 1999 ausbezahlt.

Mit Schreiben vom 26. Februar 1999 an die Beklagte erklärte der Kläger, die Aufhebungsvereinbarung vom 19. Februar sei wegen seiner Urteilsunfähigkeit im Zeitpunkt der Unterzeichnung ungültig, und bot an, seine Arbeitsleistung weiterhin zu erbringen. Die Beklagte ging nicht darauf ein, sondern hielt an der Gültigkeit der Vereinbarung fest, und vertrat im Übrigen die Auffassung, dass wichtige Gründe für die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorgelegen hätten.
B.
Am 11. März 1999 reichte der Kläger beim Arbeitsgericht Zürich Klage ein mit dem Begehren, die Beklagte zur Zahlung von Fr. 40'073.80 - nachträglich reduziert auf Fr. 36'664.80 - nebst 5 % Zins seit 19. Februar 1999 zu verpflichten. Der Kläger machte geltend, die Aufhebungsvereinbarung sei ungültig und es liege eine ungerechtfertigte fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte vor. Er habe folglich Anspruch auf

den Lohn bis zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses und auf eine Pönalentschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR.

Mit Urteil vom 18. Oktober 2000 hiess das Arbeitsgericht die Klage teilweise gut und sprach dem Kläger Fr. 34'668.80 netto nebst 5 % Zins seit 19. Februar 1999 zu. Dieser Entscheid wurde auf Berufung der Beklagten vom Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 28. Januar 2002 bestätigt.
C.
Mit Berufung beantragt die Beklagte dem Bundesgericht, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Januar 2002 aufzuheben und die Klage abzuweisen, eventualiter dieses Urteil, soweit es die Entschädigung von Fr. 19'200.– im Sinne von Art. 337c OR betrifft, aufzuheben und die Klage teilweise abzuweisen.

Der Kläger schliesst auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1
Die kantonalen Gerichte sind zum Ergebnis gelangt, dass die Aufhebungsvereinbarung vom 19. Februar 1999 wegen Verstosses gegen Art. 341 Abs. 1 OR unverbindlich sei. Sodann habe kein wichtiger Grund für eine fristlose Auflösung des Arbeitsvertrages vorgelegen. Die Beklagte habe nicht beweisen können, dass der Kläger am Arbeitsort Drogen konsumiert habe. Der Kläger habe zwar zugegeben, dass er in seiner Freizeit harte Drogen genommen habe. Dies habe sich aber nicht auf seine Arbeit ausgewirkt. Die Beklagte habe den Kläger im Gegenteil wegen seiner guten Leistungen nach einem halben Jahr zum Leiter des Informatik-Centers befördert und ihm im Oktober 1998 den Lohn erhöht. Zudem sei das Ansehen der Beklagten durch den Drogenkonsum des Klägers nicht berührt worden. Die kantonalen Gerichte haben schliesslich festgestellt, dass der lange Aufenthalt des Klägers auf der Toilette am 19. Februar 1999 die Folge eines Zusammenbruchs wegen des Todes seines Lebenspartners gewesen sei. Die vom Kläger an den Arbeitsplatz mitgenommenen Spritzen hätten ihm zur Verabreichung eines Medikamentes gedient, auf das er aus medizinischen Gründen zwingend angewiesen gewesen sei.
1.2 Die Beklagte wendet sich vor Bundesgericht nicht gegen die Erwägungen der Vorinstanz, wonach die Aufhebungsvereinbarung vom 19. Februar 1999 ungültig ist und eine fristlose Auflösung des Arbeitsvertrages vorliegt. Das Bundesgericht hat sich deshalb nicht mit diesen Fragen zu befassen.
2.
Die Beklagte rügt, das Obergericht habe Art. 8 ZGB verletzt, indem es ihr die Möglichkeit verweigert habe, das Ausmass der Drogenabhängigkeit des Klägers nachzuweisen. Insbesondere habe es das Obergericht abgelehnt, allfällige Polizei- und Strafakten über den Kläger zuzuziehen. Mit diesen Akten wollte die Beklagte Auskunft über die Drogenabhängigkeit des Klägers erhalten und daraus dann ableiten, dass er auch während der Arbeitszeit Drogen zu sich genommen haben müsse.
Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts setzt der Beweisanspruch im Sinne von Art. 8 ZGB unter anderem voraus, dass die Beweise in der vom kantonalen Verfahrensrecht vorgeschriebenen Form und rechtzeitig angeboten worden sind (BGE 126 III 315 E. 4a mit Hinweisen). Das war nach dem angefochtenen Urteil nicht der Fall, da die entsprechenden Beweisanträge im erstinstanzlichen Verfahren verspätet gestellt worden und deshalb gemäss §§ 138 und 267 ZPO ZH nicht zulässig seien. Daran ist das Bundesgericht gebunden, denn die Anwendung kantonalen Rechts kann im Berufungsverfahren nicht überprüft werden (Art. 43 und 55 Abs. 1 lit. c OG). Eine Verletzung von Art. 8 ZGB durch die Vorinstanz scheidet damit aus.
3.
Aus wichtigen Gründen kann sowohl der Arbeitgeber wie auch der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis jederzeit fristlos auflösen (Art. 337 Abs. 1 OR). Als wichtiger Grund gilt namentlich 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 solcher Umstände entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR). Solche Ermessensentscheide überprüft das Bundesgericht an sich frei; es übt dabei aber Zurückhaltung und greift nur ein, wenn die kantonale Instanz von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat, das heisst wenn sie grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Gesichtspunkte berücksichtigt hat, die kei-

ne Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt rechtserhebliche Umstände ausser Acht gelassen hat. Aufzuheben und zu korrigieren sind ausserdem Ermessensentscheide, die sich als im Ergebnis offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 127 III 351 E. 4a S. 354; 126 III 223 E. 4a S. 227 f.).

Eine fristlose Entlassung ist 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 Vertrages nicht mehr zuzumuten ist. Anderseits wird vorausgesetzt, dass sie tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (BGE 127 III 153 E. 1a; 121 III 467 E. 4d; 117 II 560 E. 3b S. 562). Eine fristlose Entlassung kann nur durch Umstände gerechtfertigt werden, die vor der Kündigung eingetreten sind. Sie brauchen aber der kündigenden Partei im Zeitpunkt der Kündigung noch nicht bekannt zu sein. Insoweit ist das Nachschieben von Kündigungsgründen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zulässig (BGE 127 III 310 E. 4a).
4.
Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz hat der Kläger in der Zeit vor der fristlosen Entlassung zwei- bis dreimal pro Woche Heroin konsumiert. Nach der Entlassung hat er einen Drogenentzug durchgeführt. Weiter ist von der Vorinstanz festgestellt worden, dass der Kläger am Arbeitsplatz kein Heroin gespritzt hat, dass seine Drogenabhängigkeit dort nicht bekannt war und dass sich der Heroinkonsum nicht auf die Qualität seiner Arbeitstätigkeit ausgewirkt hat. Beide kantonalen Gerichte vertraten die Auffassung, unter diesen Umständen bilde der Drogenkonsum des Klägers keinen wichtigen Grund für die fristlose Entlassung; jedenfalls hätte ihr eine erfolglose Abmahnung vorausgehen müssen. Mit der Berufung wirft die Beklagte der Vorinstanz in diesem Punkt eine Verletzung von Art. 337 OR vor. Zur Begründung führt sie an, der Konsum von harten Drogen durch den Arbeitnehmer bilde unter allen Umständen einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung ohne vorgängige Abmahnung. Diese Rüge ist auf der Grundlage des von der Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich festgestellten Sachverhalts zu beurteilen (Art. 63 Abs. 2 OG). Soweit die Beklagte diesen Sachverhalt in der Berufungsschrift ergänzt, namentlich mit Behauptungen betreffend
das Privatleben des Klägers, ist sie nicht zu hören.
5.
In Lehre und Rechtsprechung ist anerkannt, dass Straftaten, welche der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit oder auch im Privatleben zu Lasten der Mitarbeiter, des Arbeitgebers, aber auch von Kunden oder Dritten begeht, einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung bilden können, ohne dass es einer vorgängigen Verwarnung bedürfte. Allerdings kommt es auch in diesen Fällen massgebend auf die Umstände und insbesondere die Schwere der Straftat an. Während zum Beispiel ein Diebstahl zu Lasten des Arbeitgebers in der Regel einen wichtigen Grund darstellt, kann es sich bei blossen Übertretungen im Sinne von Art. 101 StGB wie etwa Beschimpfungen oder Tätlichkeiten anders verhalten (Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, N. 2 zu Art. 337 OR, S. 361 f.; Staehelin, Zürcher Kommentar, N. 22 zu Art. 337 OR; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. Aufl., Zürich 1992, N. 5 zu Art. 337 OR; Rehbinder, Berner Kommentar, N. 9 zu Art. 337 OR; Wyler, Droit du travail, Bern 2002, S. 366 f.; BGE 127 III 351 E. 4b/dd; Urteil 4C.103/1999 vom 9. August 1999 E. 1, publ. in Pra 2000, Nr. 11, S. 56 ff.; BGE 124 III 25 E. 3 a und b; BGE 121 III 467 E. 5b; BGE 116 II 145 E. 6b; JAR 2002 280 ff.,
290 ff.).

Das unbefugte Konsumieren von Betäubungsmitteln ist gemäss Art. 19a des Betäubungsmittelgesetzes (SR 812.121) strafrechtlich ein Übertretungstatbestand. Wie bei anderen solchen Tatbeständen muss bei der Beurteilung, ob er eine fristlose Entlassung ohne vorgängige Abmahnung zu rechtfertigen vermag, auf die Umstände des Einzelfalls abgestellt werden. Es ist danach zu fragen, ob sich der Vorfall nach objektiver Wertung derart negativ auf die Arbeitsqualität, auf das Arbeitsklima oder auf das Ansehen des Arbeitgebers bei Dritten ausgewirkt hat, dass diesem die Fortsetzung des Vertrages nicht zuzumuten ist. Die Vorinstanz hat diese Frage verneint und ihr Ermessensentscheid hält der Überprüfung durch das Bundesgericht nach den bereits erwähnten Kriterien (oben E. 3) stand. Zum einen hat die Vorinstanz zutreffend berücksichtigt, dass die Arbeitsleistungen des Klägers von der Beklagten selbst als gut eingestuft wurden, also offenbar vom Drogenkonsum nicht

beeinflusst waren. Zum andern hat die Vorinstanz auch keine negativen Auswirkungen auf das Arbeitsklima festgestellt. Sodann ist ebenfalls zutreffend berücksichtigt worden, dass der Kläger im Betrieb der Beklagten eine Stellung einnahm, in welcher er diese nicht nach aussen, gegenüber
Dritten repräsentierte. Sein Drogenkonsum konnte deshalb - wäre er öffentlich bekannt geworden - dem Ansehen der Beklagten nicht schaden. Ein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung ohne vorgängige Abmahnung lag somit nicht vor. Die Beklagte hätte den Kläger vielmehr an der Aussprache vom 19. Februar 1999 in Bezug auf den Drogenkonsum verwarnen müssen, statt das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung für beendet zu erklären. Das würde auch dann gelten, wenn davon auszugehen wäre, dass der Kläger nicht nur ausserhalb, sondern auch am Arbeitsplatz Drogen konsumiert hat. Die Erwägungen der Vorinstanz beschäftigen sich zwar vor allem mit dem ersten Fall. Sie lassen sich aber unverändert auch auf den Fall des Drogenkonsums am Arbeitsplatz übertragen, wie die vorangehenden Ausführungen gezeigt haben.
6.
Der Verdacht der Beklagten, der Kläger habe am Arbeitsort Drogen konsumiert, hat sich nach der Beweiswürdigung der kantonalen Gerichte als unbegründet erwiesen. Die Beklagte hält vor Bundesgericht an der von beiden Vorinstanzen verworfenen Meinung fest, dass auch der blosse Verdacht des Drogenkonsums am Arbeitsort einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung ohne vorgängige Verwarnung bilden könne. Sie wirft der Vorinstanz auch in diesem Punkt eine Verletzung von Bundesrecht vor.

In der schweizerischen Lehre ist die Frage der Zulässigkeit der Verdachtskündigung streitig. Mehrheitlich wird die Meinung vertreten, der blosse Verdacht einer Straftat genüge nicht. Ein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung könne dagegen vorliegen, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber oder Dritte an der Aufklärung des Sachverhalts behindere (Rehbinder, Berner Kommentar, N. 12 zu Art. 337 OR; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 10 zu Art. 337 OR; Vischer, Der Arbeitsvertrag, SPR, Bd. VII/1, III., Basel 1994, S. 179; Daniel Egli, Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht, Diss. Zürich 2000, S. 42 ff.). Von einer Minderheit wird jedoch auch die grundsätzliche Zulässigkeit der Verdachtskündigung befürwortet (Staehelin, a.a.O., N. 23 zu Art. 337 OR; Rapp, Die fristlose Kündigung des Arbeitsvertrages, BJM 1978, S. 169 ff., S. 172; Vitali, Die Verdachtskündigung im System von Art. 337 ff. OR, ArbR 2000, S. 97 ff.). Das Bundesgericht hat sich bisher weder der einen noch der anderen Meinung angeschlossen, sondern jeweils festgehalten, die Frage brauche im beurteilten Fall nicht grundsätzlich entschieden zu werden, da die Voraussetzungen für eine Verdachtskündigung nicht erfüllt seien (Urteil 4C.379/1995 vom 10.
Mai 1996 E. 2c; Urteil 4C.543/1996 vom 22. August 1997, E. 2b/bb; Urteil 4C.168/1998 vom 16. Juli 1998 E. 2b, publ. in JAR 1999 S. 277 ff. und in deutscher Übersetzung in Pra 1999 S. 216 ff.; in der Begründung abweichend: Urteil 4C.103/1999 vom 9. August 1999, E. 3; publ. in Pra 2000, Nr. 11 S. 56 ff.). Im vorliegenden Fall kann gleich vorgegangen werden. Eine Verdachtskündigung setzt namentlich voraus, dass die Straftat, deren der Arbeitnehmer verdächtigt wird, einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung ohne Abmahnung bildet (Egli, a.a.O., S. 37; Vitali, a.a.O., S. 104 f.; Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Aufl., München 2002, Rn. 760). Das war hier nicht der Fall, wie bereits erörtert worden ist, weshalb die Arbeitgeberin nicht berechtigt war, eine Verdachtskündigung auszusprechen.
7.
Die Vorinstanz hat dem Kläger eine Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR in der Höhe von drei Bruttomonatslöhnen zugesprochen. Mit der Berufung wird ihr eine Verletzung dieser Bestimmung in Verbindung mit Art. 4 ZGB vorgeworfen. Es besteht indessen kein Grund, in den Ermessensentscheid der Vorinstanz einzugreifen. Die Vorinstanz hat auf die richtigen Kriterien abgestellt und diese zutreffend gewichtet. Zudem ist ihr Entscheid auch vom Ergebnis her vertretbar und erscheint nicht als offensichtlich unbillig oder ungerecht. Die Berufung erweist sich somit auch in diesem Punkt als unbegründet.
8.
Aus diesen Gründen ist die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend ist die Gerichtsgebühr der Beklagten aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 OG). Diese hat den Kläger für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen (Art. 159 Abs. 1 und 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht :

1.

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Januar 2002 bestätigt.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird der Beklagten auferlegt.
3.
Die Beklagte hat den Kläger für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 8. Oktober 2002
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: