Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.364/2005 /ruo

Urteil vom 12. Januar 2006
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterin Rottenberg Liatowitsch,
Bundesrichter Nyffeler,
Gerichtsschreiber Luczak.

Parteien
Spital X._____,
Beklagte und Berufungsklägerin,
vertreten durch Fürsprecher Dieter Caliezi,

gegen

Y._____,
Kläger und Berufungsbeklagten,
vertreten durch Fürsprecher Oliver Gafner,
Z._____
Nebenintervenientin.

Gegenstand
Arbeitsvertrag; fristlose Entlassung,

Berufung gegen das Urteil des Obergerichts des
Kantons Bern, Appellationshof, 2. Zivilkammer,
vom 25. August 2005.

Sachverhalt:
A.
Y._____ (Kläger) war seit dem 1. Dezember 2000 beim Spital X._____ (Beklagte) als diplomierter Rettungssanitäter IVR in der Funktion eines Teamchefs angestellt. Im April und im Juli 2003 verwendete er das Notfallhandy des Rettungsdienstes für private Auslandgespräche und SMS. Er wurde deswegen am 6. August 2003 unter Kündigungsandrohung verwarnt. Ab August 2003 verwendete der Kläger das Notfallhandy nicht mehr für private Auslandgespräche.
Anlässlich einer Weiterbildung im September 2003 wurde ein neuer Transportstuhl vorgestellt. Nach dem Kurs wurde unter den Teilnehmern über die Anschaffung eines solchen Stuhles gesprochen sowie darüber, dass diese für 2004 bereits budgetiert sei. Scherzhaft wurde auch bemerkt, dass der Transportstuhl schneller ersetzt würde, wenn der vorhandene vorher kaputt ginge. Namentlich äusserte auch der Leiter des Rettungsteams und Vorgesetzte des Klägers, "der Stuhl müsse z' Bode". Der Kläger überfuhr am 11. September 2003 den Transportstuhl absichtlich mit einem Allradfahrzeug, was er seinem Vorgesetzten sogleich telefonisch mitteilte. Dieser qualifizierte den Vorfall nicht, weder tadelnd noch lobend.
B.
Der Personalchef der Beklagten erfuhr ca. am 15. September 2003 durch eine Arbeitskollegin des Klägers vom erwähnten Ereignis, erklärte sich aber nicht bereit, Massnahmen zu ergreifen, so lange ihm nichts Schriftliches vorliege. Am 21. September 2003 gelangte er in den Besitz eines entsprechenden Schreibens, worauf er am

22. September 2003 die fristlose Entlassung des Klägers aussprach. Vom gleichen Tag datiert die durch den Direktor und den Personalchef unterzeichnete fristlose Kündigung, welche nebst nicht spezifizierten "weiteren Verfehlungen" als Hauptgrund die Zerstörung eines Transportstuhls vom 11. September 2003 im Wert von Fr. 3'500.– bezeichnet. Der Kläger erhob am 23. September 2003 Einsprache gegen die fristlose Entlassung und bot seine Arbeitsleistung an.

C.

Mit Klage vom 6. November 2003 belangte der Kläger die Beklagte vor dem Gerichtskreis VII Konolfingen auf Zahlung eines schliesslich auf unter Fr. 30'000.– herabgesetzten Betrages, und er verlangte eine Bereinigung des Arbeitszeugnisses. Die Z._____ (Intervenientin) wurde am 16. März 2004 als Intervenientin zugelassen. Der Gerichtspräsident 1 des Gerichtskreises VII Konolfingen verpflichtete die Beklagte am 31. August 2004 zu einer Änderung des Arbeitszeugnisses und wies im Übrigen die Klage ab. Er hielt die Beklagte mit Blick auf die wegen der unzulässigen Telefonate erfolgte Verwarnung für berechtigt, das Arbeitsverhältnis nach Art. 337 OR fristlos aufzulösen, wobei er offen liess, ob die Zerstörung des Transportstuhls für sich allein einen wichtigen Grund darstellen könnte. Auf Appellation des Klägers und Anschlussappellation der Beklagten verpflichtete das Obergericht des Kantons Bern, Appellationshof, 2. Zivilkammer, am 25. August 2005 die Beklagte, Fr. 8'367.95 an den Kläger und Fr. 9'274.05 an die Intervenientin zu bezahlen. Im Gegensatz zum erstinstanzlichen Gericht kam das Obergericht zum Ergebnis, es habe an einem wichtigen Grund für die fristlose Kündigung gefehlt.

D.

Die Beklagte hat das Urteil des Obergerichts sowohl mit staatsrechtlicher Beschwerde als auch mit Berufung beim Bundesgericht angefochten. Die staatsrechtliche Beschwerde hat das Bundesgericht heute abgewiesen. Mit der Berufung verlangt die Beklagte, es sei festzustellen, dass Ziff. 1 (betreffend das Arbeitszeugnis) des angefochtenen Urteils in Rechtskraft erwachsen sei. Im Übrigen beantragt sie die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Abweisung der Klage. Der Kläger schliesst auf Abweisung der Berufung und ersucht um unentgeltliche Rechtspflege. Die Intervenientin hat auf eine Stellungnahme verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Die Vorinstanz erwog, die Beklagte habe die unerlaubten Privattelefone des Klägers und die entsprechende Abmahnung erstmals im Schreiben vom 17. Oktober 2003 und damit lange nach Aussprechen der Entlassung als wichtigen Grund geltend gemacht. Insoweit liege ein unzulässiges Nachschieben von Gründen vor, weshalb einzig der Vorfall mit dem Transportstuhl als wichtiger Grund in Frage komme. Diesbezüglich sei das Verhalten des Klägers zwar unentschuldbar, denn dieser habe immerhin eine Straftat (vorsätzliche Sachbeschädigung) begangen. Zu Gunsten des Klägers sei indes zu gewichten,

- -:-

- dass der Kläger nicht aus böser Absicht oder Rache, sondern vermeintlich zum betrieblichen Nutzen gehandelt habe, indem er dem Rettungsdienst zu einem neuen Transportstuhl habe verhelfen, die Anschaffung zumindest habe beschleunigen wollen,
- dass mehrere Leute des Rettungsdienstes im Nachgang der Präsentation des neuen Stuhles einen solchen gewünscht und über die Möglichkeit einer schnelleren Beschaffung durch Zerstörung des vorhandenen Stuhles geredet und gewitzelt hätten,
- dass der Kläger sein Vorgehen unverzüglich seinem Vorgesetzten gemeldet und dieser nicht oder nur verzögert reagiert habe,
- dass auch der Personalchef der Sache nicht sogleich nachging, als er mündlich davon unterrichtet wurde, sondern etwa eine Woche zuwartete, bis ihm etwas Schriftliches vorlag.

Unter diesen besonderen Umständen wäre der Beklagten nach Auffassung der Vorinstanz zuzumuten gewesen, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist (Ende Dezember 2003) fortzusetzen. Die Verantwortlichen der Beklagten hätten durch ihr zögerliches Verhalten denn auch belegt, dass sie eine sofortige Trennung vom Kläger nicht als dringlich geboten betrachteten. Die Vorinstanz verneinte daher des Vorliegen eines wichtigen Grundes zur fristlosen Vertragsauflösung, hielt aber dafür, es seien insbesondere im Hinblick darauf, dass der Kläger eine Straftat begangen habe, aussergewöhnliche Umstände gegeben, die ausnahmsweise rechtfertigten, von der Zusprechung einer Pönalentschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR abzusehen.

1.2 Die Beklagte vertritt in der Berufung die Meinung, die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses vom 22. September 2003 sei aufgrund der vorsätzlichen Zerstörung des Transportstuhls und der erfolgten Abmahnung wegen der privaten Telefongespräche gerechtfertigt gewesen.
2.
2.1
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 (Art. 337 Abs. 3 OR). Derartige 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 130 III 28 E. 4.1 S. 32; 213 E. 3.1 S. 220; 129 III 380 E. 2 S. 381 f., je mit Hinweisen).
2.2 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, und anderseits 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 130 III 28 E. 4.1 S. 31; 213 E. 3.1 S. 220 f.; 129 III 380 E. 2.1 S. 382 mit Hinweisen). Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab (BGE 127 III 153 E. 1a S. 155; 116 II 145 E. 6a S. 150).
2.3
Die Abmahnung hat zugleich Rüge- und Warnfunktion (Staehelin, Zürcher Kommentar, N. 10 zu Art. 337 OR mit Hinweisen). Zwar muss für die Gültigkeit der fristlosen Entlassung wegen leichterer Verstösse gegen die Arbeits- oder Treuepflicht nicht unter allen Umständen die fristlose Entlassung explizit angedroht worden sein. Indessen kann die Abmahnung ihren Warnzweck nur erfüllen, wenn sie als solche erkennbar ist, und der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer unmissverständlich klar macht, dass er den oder die begangenen Fehler schwer gewichtet und deren Wiederholung nicht sanktionslos hinzunehmen bereit ist (vgl. Staehelin, Zürcher Kommentar, N. 9 zu Art. 337 OR). Der Arbeitnehmer muss klar erkennen können, welche Verhaltensweisen nicht mehr toleriert werden und wie er sich in Zukunft zu verhalten hat (Bundesgerichtsurteil 4C.187/2004 vom 5. Juli 2004 E. 5.1 mit Hinweis). Zur Beurteilung der Frage, ob der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben als ausreichend gewarnt zu gelten hat und dem Arbeitgeber bei erneuter Pflichtwidrigkeit die Fortsetzung des Arbeitsvertrages bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden kann, sind wiederum die konkreten Umstände heranzuziehen. Abzustellen ist auf die Natur, Schwere und
Häufigkeit der Verfehlungen sowie die Reaktion des Arbeitnehmers auf die erfolgte Rüge und Ermahnung. 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 Arbeitgeber 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 f.).
3.
3.1 Diese Grundsätze hat die Vorinstanz nicht verkannt, wenn sie der hinsichtlich der Telefongespräche erfolgten Abmahnung bei der Beurteilung der Zerstörung des Transportstuhls keine Bedeutung beimass, denn dass der Kläger die erfolgte Warnung in den Wind geschlagen und das Notfallhandy erneut für private Zwecke verwendet hätte, geht aus dem angefochtenen Urteil nicht hervor. Für sein sonstiges Verhalten musste der Kläger aus der Mahnung nichts ableiten. Der Beklagten ist daher nicht beizupflichten, wenn sie sinngemäss vorträgt, die Verwarnung aufgrund der privaten Telefongespräche mit dem Notfall-Natel hätte auch den Vorfall vom 11.

September 2003 mitumfasst. Da keinerlei Warnungen dargetan sind, welche sich thematisch auch nur entfernt dem Umgang des Klägers mit Arbeitsmaterial zuordnen lassen, wie er sich beim Überfahren des Transportstuhls manifestiert hat, ist davon auszugehen, dass der Zerstörung des Transportstuhls keine Abmahnung vorausging. Unter diesen Umständen hätte es der Beklagten auch nicht weitergeholfen, wenn sie sich bereits anlässlich der fristlosen Entlassung auf die frühere Warnung berufen hätte. Ob sie zum Nachschieben der Warnung im Sinne eines Kündigungsgrundes berechtigt war, kann daher offen bleiben.

3.2 Auch was die Beklagte vorbringt, um die Auffassung der Vorinstanz als bundesrechtswidrig auszugeben, dass das Überfahren des Transportstuhls aufgrund der besonderen Umständen nicht die für die Annahme eines nach Art. 337 Abs. 1 OR wichtigen Grundes nötige Schwere erreicht, ist nicht geeignet, eine Ermessensüberschreitung der Vorinstanz aufzuzeigen.
3.2.1 Die Beklagte übersieht, dass die Vorinstanz den Zerstörungsakt keineswegs bagatellisiert und darin auch eine vorbedachte Handlung erblickt hat. Weshalb es gegen Bundesrecht verstossen soll, dabei auch die Motivation des "Täters" zu berücksichtigen, ist weder dargetan noch ersichtlich.
3.2.2 Soweit die Beklagte der Vorinstanz als Verstoss gegen Art. 8 ZGB vorwirft, diese habe ohne jegliche Anhaltspunkte in den Akten angenommen, dass 2004 ohnehin ein neuer Transportstuhl beschafft worden wäre, übersieht sie, dass die Vorinstanz als Aussage des direkten Vorgesetzten des Klägers festhielt, die Anschaffung eines solchen Stuhles sei für 2004 im Budget vorgesehen gewesen. An der von der Vorinstanz bezeichneten Stelle führt der Vorgesetzte zudem aus, es sei vorgesehen gewesen, den Transportstuhl zu ersetzen, in welchem Sinne der Sachverhalt ergänzt werden kann (Art. 64 Abs. 2 OG). Die Rüge der Beklagten ist offensichtlich unbegründet.
3.2.3 Der Hinweis der Beklagten, ihr Personalchef habe sich völlig korrekt verhalten, als er nach Kenntnisnahme der Ereignisse vom 11. September 2003 einen schriftlichen Kurzbericht verlangte, bevor er Massnahmen zu ergreifen gedachte, ändert nichts daran, dass der Personalchef mit seinem Zuwarten kundtat, dass der Vorfall keiner sofortigen Reaktion bedurfte. Sollte der Personalchef der Meinung gewesen sein, die Beklagte müsse sich sofort von einem Arbeitnehmer trennen, der sich auf die ihm beschriebene Weise verhält, hätte er unverzüglich eigene Abklärungen an die Hand nehmen müssen. Indem er darauf verzichtete ohne zu wissen, wann er im Besitz des schriftlichen Berichts sein würde, nahm er in Kauf, dass der Kläger trotz der möglicherweise verübten Sachbeschädigung vorderhand weiterhin für die Beklagte tätig war.
3.2.4 Der unmittelbare Vorgesetzte zeigte sich über das Verhalten des Klägers ebenfalls nicht erschüttert, als er telefonisch davon erfuhr. Auch dieses Verhalten muss sich die Beklagte zurechnen lassen. Vor diesem Hintergrund erscheint bereits in subjektiver Hinsicht fraglich, ob der Vorfall das gegenseitige Vertrauen unwiederbringlich zerstört hat. Da keinerlei Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Kläger erneut in die Lage geraten könnte, sich auf ähnliche Weise zu verhalten, lässt sich der Vorfall auch objektiv als einmaliges, aus der besonderen Situation heraus entstandenes Ereignis einstufen. Die Auffassung der Vorinstanz, der Beklagten sei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses jedenfalls bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zuzumuten, liegt somit im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens und hält vor Bundesrecht stand.
4.
Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen. Da der Streitwert unter Fr. 30'000.– liegt, ist das Verfahren kostenlos (Art. 343 Abs. 3 OR). Da die Intervenientin sich nicht hat vernehmen lassen, steht ihr keine Parteientschädigung zu. Hingegen hat die Beklagte den Kläger für das Verfahren vor Bundesgericht zu entschädigen (BGE 115 II 30 E. 5c S. 42 mit Hinweisen). In Bezug auf die Kosten ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos. Da die Voraussetzungen der Gewährung der unentgeltliche Prozessführung im Sinne von Art. 152 OG beim Kläger offensichtlich gegeben sind, behält es aber seine Bedeutung für die Parteientschädigung. Sollte sich diese als uneinbringlich erweisen, ist sie dem Vertreter des Klägers aus der Bundesgerichtskasse auszurichten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Berufung wird abgewiesen.
2.
Es wird keine Gerichtsgebühr erhoben.
3.

Die Beklagte hat den Kläger für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.– zu entschädigen. Bei Uneinbringlichkeit wird dieser Betrag Fürsprecher Olivier Gafner aus der Bundesgerichtskasse bezahlt.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, der Z._____ und dem Obergericht des Kantons Bern, Appellationshof, 2. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 12. Januar 2006
Im Namen der I. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: