[AZA 0/2]
4C.244/2000/rnd

I. ZIVILABTEILUNG
****

30. November 2000

Es wirken mit: Bundesrichterinnen und Bundesrichter Walter,
Präsident, Leu, Klett, Rottenberg Liatowitsch, Nyffeler und
Gerichtsschreiberin Senn.

——— A._____, Klägerin und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Walter Studer, Badstrasse 17, 5401 Baden,

gegen
Spital X._____, Beklagten und Berufungsbeklagten, vertreten durch Fürsprecher Martin Basler, Luzernerstrasse 1, 4800 Zofingen,

betreffend
Arbeitsvertrag; fristlose Entlassung, hat sich ergeben:

A.- A._____ war seit 16. Oktober 1989 beim Spital X._____ als Operationsschwester angestellt. Am Freitag,
17. April 1998, trat sie ihren Wochenend-Pikettdienst nicht an. Das Spital X._____ versuchte ihren Verbleib ausfindig zu machen und zog dazu auch die Polizei bei. Am Samstag,
18. April 1998, rief A._____ nach eigenen Angaben ihre Freundin B._____ an und bat sie, die Oberschwester darüber zu orientieren, dass sie sich bei ihrem Bruder in Spanien aufhalte. Das Spital X._____ brachte nach eigenen Angaben am selben Tag den Aufenthaltsort A._____s über ihre in Finnland lebende Schwester in Erfahrung. Mit Schreiben vom Mittwoch, 22. April 1998, kündigte das Spital X._____ das Arbeitsverhältnis fristlos. A._____ erfuhr hiervon erst am Montag, 27. April 1998, als sie sich - drei Tage nach ihrer Rückkehr in die Schweiz - telefonisch bei der Leiterin des Pflegedienstes des Spitals X._____ meldete.

B.- Mit Klage vom 2. November 1998 beantragte A._____ dem Arbeitsgericht, das Spital X._____ zur Bezahlung von Fr. 32'287. 90 nebst 5 % Zins auf Fr. 25'587. 90 seit 22. April 1998 und auf Fr. 6'700.– seit 2. November 1998 zu verurteilen. Der Beklagte sei zudem zu verpflichten, die auf dem Bruttolohn für die Zeit vom 1. April bis
31. Juli 1998 sowie auf dem 13. Monatslohn pro rata (1. Januar bis 31. Juli 1998) geschuldeten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge an die zuständigen Sozialversicherungsträger einzuzahlen. Schliesslich sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin ein Arbeitszeugnis auszustellen. Mit Urteil vom 15. September 1999 hiess das Arbeitsgericht die Klage teilweise gut und verpflichtete den Beklagten zur Bezahlung von Fr. 22'918. 55 (netto) nebst Zins zu 5 % seit
22. April 1998 an die Klägerin sowie zur Einzahlung der auf dem Bruttolohn geschuldeten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge an die zuständigen Sozialversicherungsträger. Es stellte zudem fest, dass sich die Parteien über die Formulierung des Arbeitszeugnisses geeinigt hatten. Auf Appellation des Beklagten hin hob das Obergericht des Kantons Aargau, 1. Zivilkammer, den erstinstanzlichen Entscheid mit Ausnahme der Feststellung bezüglich des Arbeitszeugnisses auf; es verpflichtete den Beklagten, der Klägerin Fr. 5'869. 65 nebst Zins von 5 % seit 22. April 1998 zu bezahlen, und wies die Klage im Übrigen ab.

C.- Gegen das Urteil des Obergerichts führt die Klägerin Berufung mit dem Antrag, dieses aufzuheben und den Beklagten zur Bezahlung von Fr. 22'918. 55 (netto) nebst 5 % Zins seit 22. April 1998 zu verurteilen. Der Beklagte beantragt die Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Nach Art. 55 Abs. 1 lit. c OG ist in der Berufungsschrift anzugeben, welche Bundesrechtssätze und inwiefern sie der angefochtene Entscheid verletzt. Fehl am Platz sind dagegen Ausführungen zum Sachverhalt und Kritik an der vorinstanzlichen Beweiswürdigung, soweit keine der Ausnahmen gemäss Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG geltend gemacht wird (BGE 125 III 193 E. 1e S. 205; 120 II 97 E. 2b S. 99; 119 II 84 E. 3; 116 II 92 E. 2 S. 93, 480 E. 3d S. 489, 745 E. 3 S. 749 mit Hinweisen). Soweit die Klägerin, ohne sich auf eine solche Ausnahme zu berufen, den Sachverhalt gegenüber den vorinstanzlichen Feststellungen ergänzt oder abgeändert wissen will, ist sie daher nicht zu hören.
2.- Die Klägerin bestreitet, dass ihre unentschuldigte Abwesenheit ab 17. April 1998 einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung darstelle. Die Vorinstanz erwog hierzu, kurze und einmalige Arbeitsverweigerungen würden von der Praxis als leichte Verfehlungen eingestuft, welche nur nach Abmahnung und im Wiederholungsfall einen Grund für eine fristlose Entlassung abzugeben vermöchten. Abwesenheiten von mehreren Tagen oder Absenzen trotz klarer vorgängiger Mitteilung des Arbeitgebers, dass die Präsenz des Arbeitnehmers notwendig sei, berechtigten jedoch grundsätzlich ohne Voraussetzung einer Verwarnung zur fristlosen Entlassung. Vorliegend habe die Klägerin ab Freitag, 17. April 1998, bei der Arbeit gefehlt. Zwar habe der Arbeitgeber ab 18. April 1998 von ihrem Verbleib Kenntnis gehabt; erst am 27. April 1998 habe aber die inzwischen aus Spanien zurückgekehrte Klägerin telefonisch mit der Leiterin des Pflegedienstes des Beklagten Kontakt aufgenommen. Eine zehntägige Abwesenheit könne nicht als kurzfristig bezeichnet werden. Vielmehr handle es sich objektiv um einen eigenmächtigen Ferienbezug, welcher geeignet sei, das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zu zerstören, zumal die Stellung der Klägerin als
Operationsschwester überdurchschnittliche Zuverlässigkeit verlange. Zu berücksichtigen sei sodann, dass sich die Klägerin während ihrer Abwesenheit nicht selbst beim Beklagten gemeldet und auch nach ihrer Rückkehr in die Schweiz drei Tage mit der Kontaktaufnahme zugewartet habe, obwohl sie gewusst habe, dass der Beklagte eine Suchaktion unter Einschaltung der Polizei veranlasst habe. Unter diesen Umständen sei der Beklagte auch ohne vorgängige Abmahnung zur fristlosen Entlassung der Klägerin berechtigt gewesen. Daran vermöge nichts zu ändern, dass die Klägerin sich nach eigenen Angaben in einem psychisch bedingten Erregungszustand befunden habe, als sie am 16. April 1998 nach Spanien abreiste, weil sie zuvor, wie schon früher, in ihrer Wohnung auf mysteriöse Weise des Nachts belästigt bzw. mit einem Laser-Pointer angegriffen worden sei; dies hätte die Klägerin nicht gehindert, den Beklagten zu orientieren, und vermöge zudem die lange Abwesenheit nicht zu entschuldigen. Ob es sich bei den nächtlichen Vorkommnissen um Wahnvorstellungen mit Krankheitswert handle, sei nicht weiter abzuklären; die Klägerin halte daran fest, dass sich diese Vorfälle tatsächlich ereignet hätten, und die Hausärztin der Klägerin, Dr. H._____, habe in
der Zeugenbefragung vor erster Instanz das Vorliegen einer psychischen Erkrankung nicht bestätigt.

Die Klägerin rügt, diese Auffassung verstosse gegen Art. 337 OR. Dass das Obergericht von einer zehntägigen Abwesenheit der Klägerin ausging, beruhe offenbar auf Versehen, habe doch der Beklagte bereits am 20. April 1998 beschlossen, sie fristlos zu entlassen, und ihr dies mit Schreiben vom 22. April 1998 mit Wirkung ab selbigem Tag mitgeteilt. Das Arbeitsverhältnis sei also bereits nach fünftägiger Abwesenheit aufgelöst worden. Eine fristlose Entlassung nach wenigen Tagen hätte aber eine vorherige Verwarnung vorausgesetzt; es habe keine Anhaltspunkte dafür gegeben, dass eine solche Verwarnung unnütz gewesen wäre. Das Verhalten der Klägerin nach Ausspruch der fristlosen Entlassung könne nicht zu deren Rechtfertigung herangezogen werden. Ohnehin sei nicht einsichtig, weshalb sich die Klägerin nach ihrer Rückkehr am Freitag, 24. April 1998, sofort beim Beklagten hätte melden müssen, habe sie doch damals ohnehin keinen Dienst gehabt und sei die Verwaltung des Beklagten nicht besetzt gewesen. Am Montag, 27. April 1998, habe sie sich ja dann gemeldet. Als sie nach Spanien geflohen sei, sei sie zudem zu 100 % arbeitsunfähig gewesen; dieser Zustand habe bis zu ihrer Rückkehr angedauert. Eine unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung berechtige nie zur fristlosen Entlassung. Die Vorinstanz verletze Art. 8 ZGB, wenn sie davon ausgehe, bei der Abwesenheit der Klägerin habe es sich um eigenmächtigen Ferienbezug gehandelt. Die Beweislast dafür, dass die Klägerin im Zeitpunkt der fristlosen Entlassung arbeitsfähig gewesen sei, trage der Beklagte, denn er habe zu beweisen, dass ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar geworden sei. Zum entsprechenden Beweis genüge nicht, dass Dr.
H._____ nicht habe bezeugen können, dass die Klägerin unter Wahnvorstellungen leide, da es auch andere

psychische Erkrankungen gebe, die eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hätten. Die Vorinstanz habe auch verkannt, dass der Beklagte im Rahmen seiner Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR vor einer fristlosen Entlassung mit der Klägerin hätte Kontakt aufnehmen müssen, um sich über die Gründe der Flucht zu erkundigen, wozu er bei krankheitsbedingter Abwesenheit einer Arbeitnehmerin, auch wenn die Krankheit nicht nachgewiesen sei, verpflichtet sei; dies gelte umso mehr, wenn sich die Arbeitnehmerin, wie hier, während eines achteinhalb Jahre dauernden Anstellungsverhältnisses nie etwas habe zuschulden kommen lassen. Daran ändere nichts, dass die Klägerin in der verantwortungsvollen Position einer Operationsschwester angestellt gewesen sei. Die Vorinstanz habe somit ihr Ermessen nicht gemäss Art. 4 ZGB nach Recht und Billigkeit ausgeübt, denn sie habe nicht sämtliche für den Entscheid wesentlichen Umstände des Einzelfalles gewürdigt, indem sie die persönliche Ausnahmesituation der Klägerin, welche zu ihrer Flucht nach Spanien führte, ausser Acht gelassen habe. Da der Beklagte die Probleme der Klägerin nicht ernst genommen habe, könne ihr
auch nicht entgegengehalten werden, dass sie nicht mit ihm Kontakt aufgenommen und sich abermals der Lächerlichkeit preisgegeben habe. Immerhin habe die Klägerin ja über eine Freundin ausrichten lassen, wo sie sich befinde.

a) Soweit die Klägerin zur Begründung Sachverhaltselemente heranzieht, welche im angefochtenen Urteil keine Stütze finden, kann sie nicht gehört werden (vgl. E. 1).
Auch gestützt auf den von der Vorinstanz festgestellten, für das Bundesgericht verbindlichen Sachverhalt erweisen sich aber ihre Rügen im Wesentlichen als begründet. Damit erübrigt es sich auch, auf die Rüge der Verletzung von Art. 8 ZGB einzutreten. Da es bei der Frage, ob der Beklagte das Fernbleiben der Klägerin als eigenmächtigen Ferienbezug betrachten durfte bzw. ob ihn dieses zur fristlosen Entlassung berechtigte oder nicht, um die richtige Anwendung von Art. 337 OR und damit um eine Rechtsfrage geht, stösst die Rüge der Klägerin, die Vorinstanz habe entsprechende Feststellungen in Verletzung von Art. 8 ZGB getroffen, ohnehin ins Leere.

aa) Gemäss Art. 337 OR kann jede Partei den Arbeitsvertrag aus wichtigen Gründen fristlos auflösen. Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein der kündigenden Partei nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 1 und 2 OR). Ob ein wichtiger Grund in diesem Sinne vorliegt, entscheidet der Richter nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR). Gemäss Art. 4 ZGB hat er dabei seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen. Eine solche Billigkeitsentscheidung verlangt, dass alle wesentlichen Besonderheiten des konkreten Falles beachtet werden. Das Bundesgericht überprüft die Ausübung richterlichen Ermessens durch die letzte kantonale Instanz zwar nur mit Zurückhaltung; es schreitet jedoch ein, wenn grundlos von den in Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen abgegangen wird, wenn Tatsachen berücksichtigt werden, die keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn umgekehrt Umstände ausser Betracht geblieben sind, die zwingend hätten beachtet werden müssen (BGE 116 II 145 E. 6a S. 149 mit Hinweis). Das Bundesgericht greift ausserdem in Ermessensentscheide ein, falls sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht
erweisen (BGE 123 III 246 E. 6a S. 255 und 274 E. 1a/cc S. 279 f.; 122 III 262 E. 2a/bb S. 267 mit Hinweisen).

bb) Unzumutbar ist die Fortsetzung des Arbeitsvertrages, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien derart gestört ist, dass die sofortige und fristlose Auflösung als einziger Ausweg erscheint (BGE 116 II 142 E. 5c S. 144), d.h. wenn dem Arbeitgeber nicht mehr zugemutet werden kann, das Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung aufzulösen (BGE 117 II 560 E. 3b S. 562). Nach der Rechtsprechung rechtfertigen nur besonders schwere Verletzungen der Arbeits- oder der Treuepflicht eine solche Kündigung.
Leichtere Vertragsverletzungen rechtfertigen eine fristlose Kündigung nur, wenn sie trotz Abmahnung wiederholt vorkommen (BGE 121 III 467 E. 4d S. 472; Adrian von Kaenel, Die Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung nach Art. 337c Abs. 3 OR, Diss. Zürich 1995, S. 66).
Auf eine solche Verwarnung im Sinne einer Mahnung zur richtigen Vertragserfüllung darf nur verzichtet werden, wenn aus dem Verhalten des Arbeitnehmers hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde (Art. 108 Ziff. 1 OR; Urteil des Bundesgerichts vom 3. Januar 1995, E. 2b/bb, publiziert in Praxis 84 (1995), S. 657).

cc) Wird dem Arbeitnehmer das Fernbleiben von der Arbeit vorgeworfen, ist zu prüfen, ob er die Arbeitsstelle im Sinne von Art. 337d Abs. 1 OR fristlos verlassen hat.

Dies setzt voraus, dass sein Verhalten auf eine bewusste, also absichtliche und endgültige Ablehnung der arbeitsvertraglichen Verpflichtungen schliessen lässt (BGE 112 II 41 E. 2 S. 49), was sich aber vorliegend aus dem angefochtenen Urteil nicht ergibt und vom Beklagten auch nicht behauptet wird.

dd) Besondere Regeln gelten, wenn der Arbeitnehmer wegen Krankheit dem Arbeitsplatz fernbleibt. Da die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung in keinem Fall eine fristlose Entlassung rechtfertigt (Art. 337 Abs. 3 OR), kann diese nur ausgesprochen werden, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer erfolglos aufgefordert hat, entweder ein Arztzeugnis einzureichen oder die Arbeit wieder aufzunehmen (Urteil des Bundesgerichts vom 3. Januar 1995, E. 2b/bb, publiziert in Praxis 84 (1995), S. 657).

b) aa) Eine fristlose Kündigung kann nicht mit Gründen gerechtfertigt werden, die sich erst nach der Kündigungserklärung zugetragen haben (BGE 121 III 467 E. 5a S. 472). Im Kündigungsschreiben wird der Klägerin der verfehlte Wochenenddienst vorgeworfen; nachdem die Klägerin am Freitag, 17. April 1998, nicht zu diesem erschienen war, wurde am Mittwoch, 22. April 1998, die fristlose Kündigung ausgesprochen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist daher nicht zu prüfen, ob die gesamthaft zehntägige Abwesenheit eine fristlose Entlassung gerechtfertigt hätte, sondern massgeblich ist grundsätzlich nur die bis zum Ausspruch der Kündigung verstrichene Frist von fünf Tagen (Adrian von Kaenel, a.a.O., S. 157).

bb) Bleibt der Arbeitnehmer nur einzelne Tage von der Arbeit fern, liegt in der Regel eine leichtere Verfehlung vor, die eine fristlose Entlassung nur im Wiederholungsfalle bzw. bei vorangehender, erfolgloser Abmahnung rechtfertigt (vgl. Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag,
2. Auflage, Bern 1996, S. 360). Die Klägerin stand seit 1989, also während insgesamt achteinhalb Jahren, klaglos in den Diensten des Beklagten. Während dieser Zeit gab die Klägerin zu keinen Beanstandungen Anlass; namentlich musste sie noch nie wegen unentschuldigten Fernbleibens vom Arbeitsplatz verwarnt werden. Der Beklagte wäre daher gehalten gewesen, zunächst eine Verwarnung auszusprechen, zumal nicht anzunehmen war, dass sich dies als unnütz erweisen würde; er hätte der Klägerin jedenfalls die Möglichkeit geben müssen, unter dem Eindruck einer Verwarnung zum nächstmöglichen Termin zurückzukehren und ihre Arbeit wieder aufzunehmen.

cc) Dies gilt umso mehr, als der Beklagte keinen Anlass zur Annahme hatte, die Klägerin wolle ohne sein Einverständnis Ferien beziehen. Nach eigenen Angaben hatte der Beklagte ab Samstag, 18. April 1998, Kenntnis davon, dass sich die Klägerin in Spanien aufhielt. Zuvor hatte er die Klägerin nie wegen Arbeitsverweigerung verwarnen müssen.
Ebenso wenig wird behauptet oder festgestellt, dass der Abreise der Klägerin irgend ein Streit oder Diskussionen über einen Ferienbezug vorangegangen seien. Der Beklagte musste daher zumindest damit rechnen, dass das Nichterscheinen der Klägerin zur Arbeit gesundheitlich bedingt bzw. auf einen unverschuldeten Grund zurückzuführen sein könnte, zumal die Klägerin - wie der Beklagte wusste - nicht einfach nach Spanien abgereist war, sondern dort ihren Bruder aufgesucht hatte. Dass sich der Beklagte tatsächlich Sorgen um das Wohlergehen der Klägerin machte, zeigt sich darin, dass er nach dem Nichterscheinen der Klägerin sofort eine Suchaktion unter Einschaltung der Polizei eingeleitet hatte. Ob der Beklagte von den - vermeintlichen oder tatsächlichen - Belästigungen der Klägerin, welche zur "Flucht" nach Spanien führten, Kenntnis hatte, braucht damit nicht weiter abgeklärt zu werden. In diesem Zusammenhang sei aber darauf hingewiesen, dass eine unverschuldete Verhinderung der Klägerin an der Arbeitsleistung nicht nur vorlag, wenn sie unter krankhaften Wahnvorstellungen litt, sondern auch dann, wenn sie - sei es als Folge der von ihr geschilderten nächtlichen Vorkommnisse oder als Folge entsprechender Wahnvorstellungen - wegen eines
starken Erregungszustandes nicht arbeitsfähig war. Da nach Art 337 Abs. 3 OR eine fristlose Entlassung wegen unverschuldeter Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung keinesfalls zulässig ist, wäre der Beklagte verpflichtet gewesen, die Klägerin vor dem Ausspruch einer fristlosen Entlassung aufzufordern, innert nützlicher Frist entweder zur Arbeit zu erscheinen oder aber ein Arztzeugnis vorzulegen, das ihre Arbeitsunfähigkeit bescheinigte.

3.- Nach dem Gesagten war die fristlose Entlassung ungerechtfertigt, weshalb das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Streitsache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Diese wird das Klage-

begehren, soweit es von der Klägerin mit der eidgenössischen Berufung aufrechterhalten wurde, zu beurteilen und demgemäss auch einen neuen Kostenentscheid zu fällen haben. Da die Klägerin mit ihren Begehren nur teilweise durchdringt und noch offen ist, inwieweit diese geschützt werden, rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteikosten wettzuschlagen (Art. 156 Abs. 3 und Art. 159 Abs. 3 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die Berufung wird teilweise gutgeheissen, und das Urteil des Obergerichts (1. Zivilkammer) des Kantons Aargau vom 28. April 2000 wird aufgehoben und die Streitsache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird den Parteien je zur Hälfte mit Fr. 1'000.– auferlegt.

3.- Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.- Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht (1. Zivilkammer) des Kantons Aargau schriftlich mitgeteilt.

_____

Lausanne, 30. November 2000

Im Namen der I. Zivilabteilung
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin: