

# **BGer 4A\_476/2009 vom 2. Dezember 2009**

Bundesgericht, 2009-12-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_476\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_476_2009)

FR: TF 4A\_476/2009 du 2 décembre 2009

IT: TF 4A\_476/2009 del 2 dicembre 2009

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Auf die Beschwerde in Zivilsachen kann grundsätzlich eingetreten werden, da sie unter Einhaltung der gesetzlichen Frist ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) und Form ( Art. 42 BGG ) von der mit ihren Anträgen unterliegenden Partei ( Art. 76 Abs. 1 BGG ) eingereicht wurde und sich gegen einen von einer letzten kantonalen Instanz ( Art. 75 BGG ) gefällten Endentscheid ( Art. 90 BGG ) in einer arbeitsrechtlichen Zivilstreitigkeit mit einem Streitwert von mindestens Fr. 15'000.-- ( Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG ) richtet.

### **E. 2.1**

Das Obergericht erwog, beim Restaurant A.\_\_\_\_\_ sei zu Gunsten der Beschwerdegegnerin ein in deren Buchhaltung nicht erfasstes und den Vorgesetzten des Beschwerdeführers (W.\_\_\_\_\_, S.\_\_\_\_\_, T.\_\_\_\_\_) nicht bekanntes Konto geführt worden, über das er seine Essensauslagen abgebucht hat, statt wie vorgeschrieben der Beschwerdegegnerin Rückerstattungsanträge zu stellen. Dass dem Demand Generation Board (DGB) dieses Konto bekannt gewesen sein soll, helfe dem Beschwerdeführer nicht, weil er der Vorsitzende dieses Gremiums gewesen sei. Im Übrigen habe er nie behauptet, der ehemalige Finanzdirektor Schweiz, Z.\_\_\_\_\_, habe gebilligt, dass über das Konto entgegen den Spesenrichtlinien Konsumationen abgerechnet würden. Nach Aussage des Zeugen V.\_\_\_\_\_ sei das Konto mit Geldern für nicht stattgefundene Events geäufnet worden, um andere Anlässe zu bezahlen, was offiziell und mit Z.\_\_\_\_\_ abgesprochen gewesen sei.

Nach Auffassung der Vorinstanz ist dem Beschwerdeführer anzulasten, dass er nicht nur den Bestand und die Führung dieser "schwarzen Kasse" auf dem A.\_\_\_\_\_ geduldet, sondern zusätzlich während rund eineinhalb Jahren entgegen internen Spesenrichtlinien Essensauslagen von immerhin rund Fr. 19'000.-- darüber abrechnete und damit jeglicher Kontrolle durch die zuständige Stelle der Beschwerdegegnerin entzog und die auf dem Konto für Events bestimmten Gelder zweckentfremdete. Unabhängig davon, wie dieses Konto alimentiert wurde und ob die jeweiligen Konsumationen geschäftlich begründet waren, beurteilte die Vorinstanz bereits dieses Vorgehen als einen groben Vertrauensmissbrauch. Dieser wiege mit Blick auf Führungsposition des Beschwerdeführers besonders schwer. Von einem Geschäftsführer sei zu erwarten, dass er seine Auslagen den internen Vorgaben folgend korrekt und transparent abrechnet. Die Umgehung des Spesenreglements während rund eineinhalb Jahren verletze die Treuepflicht empfindlich. Die Fortführung des Arbeitsverhältnisses sei der Beschwerdegegnerin daher nicht mehr zuzumuten gewesen, weshalb sie das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung haben auflösen können.

### **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer wirft dem Obergericht in verschiedener Hinsicht willkürliche bzw. aktenwidrige tatsächliche Feststellungen vor.

### **E. 2.3**

Vor Bundesgericht kann die Feststellung des Sachverhaltes gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" ( BGE 133 II 249 E. 1.2.2 S. 252). Willkür im Sinne von Art. 9 BV liegt nach ständiger Rechtsprechung nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre. Das Bundesgericht hebt einen kantonalen Entscheid wegen Willkür nur auf, wenn er im Ergebnis unhaltbar ist ( BGE 134 I 140 E. 5.4 S. 148 ; 133 I 149 E. 3.1; 132 III 209 E. 2.1; je mit Hinweisen). Im Bereich der Beweiswürdigung steht dem Sachgericht ein erheblicher Ermessensspielraum zu ( BGE 120 Ia 31 E. 4b S. 40). Dieser wird erst überschritten, wenn das Sachgericht aus Beweisen offensichtlich unhaltbare Schlüsse zieht oder erhebliche Beweise übersieht ( BGE 129 I 8 E. 2.1).

### **E. 2.4**

Im Einzelnen rügt der Beschwerdeführer, die Annahme der Vorinstanz, er habe das Konto auf dem A.\_\_\_\_\_ der Kontrolle der Beschwerdegegnerin entzogen, sei haltlos, da der Finanzchef Z.\_\_\_\_\_ gemäss den Aussagen des Zeugen V.\_\_\_\_\_ nicht nur Kenntnis vom Konto, sondern auch Einsicht darin gehabt habe. Soweit die Beschwerdegegnerin auf diese mögliche Kontrolle verzichtet habe, könne dem Beschwerdeführer kein Vorwurf gemacht werden. Zudem ergebe sich aus der Replikbeilage 6, bzw. dem Beleg über die Konsumationen beim A.\_\_\_\_\_, insbesondere dem Beleg vom 27. Oktober 2005, dass bereits im Oktober 2005 eine Geschäftsleitungssitzung der Beschwerdegegnerin mit Z.\_\_\_\_\_ im A.\_\_\_\_\_ stattgefunden habe, bei welcher die Konsumationen über das Verrechnungskonto abgerechnet worden seien, ohne dass jemand daran Anstoss genommen habe.

### **E. 2.5**

Gemäss der vom Beschwerdeführer angerufenen Stelle des Protokolls (S. 10 f.) der Zeugenbefragung vom 25. Januar 2008 antwortete V.\_\_\_\_\_ auf die Frage, was er zum Schwarz-Konto auf dem A.\_\_\_\_\_ sage:

"Es war kein schwarzes Konto, es war absolut öffentlich. Alle Leute im demand generation board haben davon gewusst. Wir haben eine Anfrage von dem EMEA bekommen da noch Geld vorhanden war. Die Anfrage ging darauf hinaus, dass man dieses Geld noch hätte brauchen dürfen. Also habe ich und Herr Y.\_\_\_\_\_ die Idee gefasst, mit dem Geld etwas zu machen. Die PO ging raus, wurde genehmigt, aber der Anlass hatte dann zu wenig Teilnehmende. Wir mussten absagen. Wir haben den Anlass aber sehr gut gefunden und wollten ihn später durchführen, aber das Geld hätten wir dann nicht mehr gehabt. Es gab dann die Möglichkeit, das Geld auf dieses Konto einzuzahlen. Es gab dann auch Events von andern Abteilungen die über dieses Konto gelaufen sind. Den andern Anlass haben wir dann durchgeführt. Es war aber alles sehr offiziell. Wir haben dies mit Z.\_\_\_\_\_ besprochen. Nur Z.\_\_\_\_\_, ich und Y.\_\_\_\_\_ sowie noch eine Person durften diese Events über dieses Konto buchen. Ich weiss aber, dass wir als Firma X.\_\_\_\_\_ Zugang zum A.\_\_\_\_\_ hatten in Form der Mitgliedschaft."

Aus diesen Aussagen kann zwar abgeleitet werden, dass Z. \_\_\_\_\_ Kenntnis vom Bestand eines Kontos für Events im Restaurant A. \_\_\_\_\_ hatte. Jedoch erklärte V. \_\_\_\_\_ nicht, dass Z. \_\_\_\_\_ Einblick in dieses Konto hatte und wusste oder billigte, dass über dieses Konto entgegen den Spesenrichtlinien Konsumationen im Restaurant A. \_\_\_\_\_ abgerechnet wurden. Die Replikbeilage 6 bzw. die Beschwerdebeilage 14 weist unter dem Logo "S-538 X. \_\_\_\_\_ Konto, Herr Y. \_\_\_\_\_" eine Kopie einer vom Beschwerdeführer unterzeichneten Rechnung des Restaurants A. \_\_\_\_\_ vom 27. Oktober 2005 über Fr. 2'506.-- aus, welche mit dem handschriftlichen Zusatz "CMT-Meeting/X. \_\_\_\_\_ GL" versehen ist. Daraus lässt sich jedoch nicht zwingend ableiten, dass Z. \_\_\_\_\_ an diesem Meeting teilgenommen und von der Bezahlung über das Konto beim A. \_\_\_\_\_ gewusst hat. Demnach ist die Feststellung der Vorinstanz, dass er die richtlinienwidrige Abrechnung von Konsumationen im Restaurant A. \_\_\_\_\_ über ein spezielles Konto nicht kannte und darüber keine Kontrolle hatte, nicht unhaltbar, was dadurch bestätigt wird, dass selbst der Beschwerdeführer von einer bloss möglichen Kontrolle ausgeht.

### **E. 2.6**

Der Beschwerdeführer hält die Annahme, er habe das Konto auf dem A. \_\_\_\_\_ der Kontrolle der Beklagten entzogen, auch deshalb für unhaltbar, da gemäss den Aussagen des Zeugen V. \_\_\_\_\_ auch W. \_\_\_\_\_ die Sache mit dem Konto bekannt gewesen sei, seit dieser am 7. August 2006 im A. \_\_\_\_\_ gegessen habe und die Rechnung über dieses Konto beglichen worden sei.

Auf Befragung, ob W. \_\_\_\_\_ konkret von diesem Konto [auf dem A. \_\_\_\_\_] gewusst habe, sagte V. \_\_\_\_\_ als Zeuge:

"Das kann ich nicht sagen. Ich habe nur dort zum ersten Mal auf diesem Konto eine Belastung vorgenommen an diesem Anlass mit Herrn W. \_\_\_\_\_. Gemäss Reglement der Firma hätte er als Ranghöchster die Zahlung organisieren müssen an diesem Anlass. J. \_\_\_\_\_ [recte: Herr W. \_\_\_\_\_] hat aber nicht bezahlt, er hat sich wie ein Gast aufgeführt. So haben wir dann über dieses Konto die Zahlung vorgenommen. Er hat dies meines Erachtens mitbekommen müssen."

Diese blosser Vermutung von V. \_\_\_\_\_ führt nicht zwingend zum Schluss, W. \_\_\_\_\_ habe vom Konto auf dem A. \_\_\_\_\_ Kenntnis gehabt. Das Obergericht verfiel nicht in Willkür, wenn es dies verneinte.

### **E. 2.7**

Sodann macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe unzutreffend festgestellt, er habe nie behauptet, Z. \_\_\_\_\_ habe die Abrechnung über das Konto beim A. \_\_\_\_\_ gebilligt. Richtig sei, dass er auf die Frage, ob Z. \_\_\_\_\_ davon [d.h. vom Konto] gewusst habe, ausgesagt habe: "Ja, es gibt dazu ein bestätigendes Mail."

Die Rüge ist unbegründet. Der Beschwerdeführer hat mit seiner allgemeinen Aussage im Rahmen der Parteibefragung, Z. \_\_\_\_\_ habe vom Konto gewusst, nicht rechtsgenügend behauptet, dieser habe die reglementswidrige Abrechnung von Essenskosten über das Konto beim A. \_\_\_\_\_ gekannt und gebilligt.

### **E. 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). Nach der Rechtsprechung 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 tief greifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist. Andererseits müssen sie 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 mit weiteren Hinweisen). Bei der Gewichtung einer Pflichtverletzung ist bei Kaderpersonen auf Grund des ihnen entgegengebrachten besonderen Vertrauens und der Verantwortung, welche ihnen ihre Funktion im Betrieb überträgt, ein strenger Massstab anzulegen ( BGE 130 III 28 E. 4.1 S. 31; 127 III 86 E. 2c S. 89). Entsprechend hat das Bundesgericht bei einem Arbeitnehmer, der als Personalleiter eine Vertrauensposition im Betrieb innehatte, eine Täuschung des Arbeitgebers durch das wahrheitswidrige Herstellen von Dokumenten für die Buchhaltung als wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung qualifiziert ( BGE 124 III 25 E. 3a S. 27 f.).

### **E. 3.2**

Über das Vorhandensein eines wichtigen Grundes zur fristlosen Kündigung entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen ( Art. 337 Abs. 3 OR ). Ermessensentscheide überprüft das Bundesgericht bei Beschwerden in Zivilsachen grundsätzlich frei. Es übt dabei aber Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die zwingend hätten beachtet werden müssen. Ausserdem greift das Bundesgericht in Ermessensentscheide ein, falls sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen ( BGE 129 III 380 E. 2 mit weiteren Hinweisen).

### **E. 3.3**

Vor Bundesgericht rügt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe mit der Annahme eines wichtigen Grundes das ihr zustehende Ermessen überschritten. Sie habe nicht beachtet, dass der "Co-Geschäftsführer" Z.\_\_\_\_\_ gemäss den Aussagen von V.\_\_\_\_\_ Kenntnis vom Verrechnungskonto gehabt habe.

Die Vorinstanz hat erwähnt, dass Z.\_\_\_\_\_ ehemaliger Finanzdirektor Schweiz war und er gemäss den Aussagen von V.\_\_\_\_\_ Kenntnis vom Konto A.\_\_\_\_\_ hatte. Sie hat also die vom Beschwerdeführer angerufene Tatsache nicht übersehen, ist aber davon ausgegangen, Z.\_\_\_\_\_ habe nicht gewusst, dass der Beschwerdeführer über dieses Konto entgegen den Spesenrichtlinien Konsumationen im Restaurant A.\_\_\_\_\_ abgerechnet hatte.

### **E. 3.4**

Weiter bringt der Beschwerdeführer vor, die Vorinstanz habe nicht beachtet, dass gemäss den Aussagen verschiedener Zeugen noch weitere Mitarbeiter Kenntnis vom Verrechnungskonto beim A.\_\_\_\_\_ gehabt und dieses auch benutzt hätten. Ein E-Mail von V.\_\_\_\_\_ belege, dass Mitarbeiter Einblick in dieses Konto hatten oder hätten verlangen können.

Der Beschwerdeführer legt nicht dar, inwiefern das mögliche Wissen der von ihm genannten Mitarbeiter der Beschwerdegegnerin bzw. deren Finanzkontrolle zuzurechnen sei. Dies ist auch nicht ersichtlich, weshalb die angeführten Umstände nicht entscheidend sind.

### **E. 3.5**

Sodann wendet der Beschwerdeführer ein, die Vorinstanz habe nicht beachtet, dass unerheblich gewesen sei, ob seine Vorgesetzten vom umstrittenen Konto Kenntnis gehabt hätten, da sie bei der Beschwerdegegnerin formalrechtlich gar keine Funktion gehabt hätten. Relevant sei das Wissen von Z.\_\_\_\_\_, dem zweiten Geschäftsführer der Beschwerdegegnerin gewesen. Da diesem das Verrechnungskonto seit Langem bekannt gewesen sei und die Konsumationen und Veranstaltungen im A.\_\_\_\_\_ zahlreich gewesen und vom Beschwerdeführer nicht geheim gehalten worden seien, sei es der Beschwerdegegnerin mit Blick auf die kurze Kündigungsfrist von zwei Monaten zuzumuten gewesen, das Arbeitsverhältnis ordentlich zu kündigen.

Mit dieser Argumentation übergeht der Beschwerdeführer, dass die Vorinstanz ihm im Wesentlichen vorwarf, er habe entgegen internen Spesenrichtlinien Essensauslagen von rund Fr. 19'000.-- während rund eineinhalb Jahren über das Konto beim A.\_\_\_\_\_ abgerechnet. Davon wussten gemäss den für das Bundesgericht verbindlichen vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen weder Z.\_\_\_\_\_ noch der dem Beschwerdeführer anerkanntermassen hierarchisch übergeordnete W.\_\_\_\_\_. Demnach hat die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen nicht überschritten, wenn sie einen wichtigen Grund bejahte, zumal das dem Beschwerdeführer vorgeworfene pflichtwidrige Vorgehen bei einer Kaderperson durchaus als besonders schwere Verfehlung qualifiziert werden kann, welche eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen vermag.

### **E. 4**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und 68 Abs. 2 BGG; Art. 65 Abs. 4 lit. c BGG kommt nicht zur Anwendung, da der Streitwert Fr. 30'000.-- übersteigt).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.