

# **BGer 4C.407/2004 vom 7. Januar 2005**

Bundesgericht, 2005-01-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4C.407\\_2004](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4C.407_2004)

FR: TF 4C.407/2004 du 7 janvier 2005

IT: TF 4C.407/2004 del 7 gennaio 2005

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Am 9. Mai 2003 kam es zwischen dem Kläger und seinem Vorgesetzten zu einem Zwischenfall. Vom Kläger wurde verlangt, er solle am Wochenende Überstunden leisten. Dazu fand er sich nicht bereit. Darauf warf ihm der Vorgesetzte vor, bei anderen Gelegenheiten weisungswidrig und ohne Rücksprache mit der Arbeitgeberin Überstunden geleistet zu haben, ohne dass dies notwendig gewesen wäre. Der Kläger verlor die Beherrschung, und es folgte eine verbale Auseinandersetzung. Der Kläger verwarf die Hände, gestikulierte wild und schritt dabei auf den zurückweichenden Vorgesetzten zu. Dies veranlasste einen Mitarbeiter dazwischenzutreten, worauf sich der Kläger beruhigte und das Büro des Vorgesetzten ohne weitere Anstände verliess.

### **E. 1.2**

Der Kläger ist wegen mehrfacher einfacher Körperverletzung vorbestraft. Er hatte bei der Arbeit schon öfter die Beherrschung verloren. Im Jahre 2001 beschädigte er während einer Rangelei mit einem Mitarbeiter dessen Brille. Dass er wegen seines jähzornigen Verhaltens am Arbeitsplatz oder nach dem Vorfall im Jahre 2001 je verwarnet worden wäre, konnte nicht nachgewiesen werden. Unter diesen Umständen sah das Kantonsgericht im Verhalten des Klägers keinen Grund für eine fristlose Kündigung. Auch die Tatsache, dass der Kläger entgegen einer Weisung Überstunden ohne Rücksprache mit dem Vorgesetzten geleistet habe, rechtfertige keine fristlose Entlassung, zumal die Beklagte die Überstunden bezahlt und damit genehmigt habe.

### **E. 1.3**

Die Klägerin macht geltend, das Kantonsgericht verletze Art. 337 OR, indem es für jede Verhaltensweise gesondert prüfe, ob sie eine fristlose Kündigung rechtfertige statt unter Berücksichtigung aller Umstände abzuklären, ob der Beklagten eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses zuzumuten sei.

### **E. 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; 129 III 380 E. 2 S. 382 mit Hinweisen).

### **E. 2.2**

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 Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits 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; 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.

### **E. 2.3**

Bei der Beurteilung der Frage, ob dem Arbeitgeber eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zuzumuten ist, sind alle Umstände zu berücksichtigen und einer Gesamtwürdigung zu unterziehen. Indessen hat das Kantonsgericht kein Bundesrecht verletzt, wenn es dem Zuwiderhandeln gegen die Weisungen betreffend die Überstunden keine ausschlaggebende Bedeutung zumass. Das Kantonsgericht hat berücksichtigt, dass die Beklagte die geleisteten Überstunden jeweils bezahlt und damit nachträglich genehmigt hat. Der Kläger durfte jedenfalls bis zum Vorfall vom 9. Mai 2003 davon ausgehen, dass die Beklagte aus der Leistung nicht angeordneter Überstunden keinen Kündigungsgrund ableiten würde. Unter diesen Umständen kann das Verhalten des Klägers in Bezug auf die Überstunden entgegen der Ansicht der Beklagten nicht als Indiz dafür angesehen werden, dass sich der Kläger nicht mehr in die Betriebsorganisation habe einfügen lassen. Dass er sich durch eine Abmahnung verbunden mit einer Kündigungsandrohung zu einer Änderung seines Verhaltens hätte bewegen lassen, kann nicht ausgeschlossen werden.

### **E. 2.4**

Zu prüfen bleibt, ob der Vorfall vom 9. Mai 2003 in Würdigung der gesamten Umstände eine fristlose Kündigung rechtfertigt. Wenn die Beklagte in der Berufung darlegt, es sei ihr unzumutbar, das Arbeitsverhältnis weiterzuführen, geht sie implizit davon aus, dass es ohne das Eingreifen des Mitarbeiters zu einer tätlichen Auseinandersetzung gekommen wäre. So führt sie aus, die Lehre lasse in Bezug auf "nicht verhinderte Taten" bei Übergriffen bereits relativ geringfügige Vorfälle genügen. Dem angefochtenen Entscheid ist indessen nicht zu entnehmen, dass es ohne Eingreifen von Drittpersonen zu Tätlichkeiten gekommen wäre. Wie bedrohlich das Auftreten des Klägers war, ist zunächst eine Frage der Beweiswürdigung, welche im Rahmen der Berufung nicht überprüft werden kann. Wenn das Kantonsgericht nach Würdigung der Beweise zur Ansicht gelangte, das Verhalten des Klägers rechtfertige keine fristlose Kündigung, hat es von dem ihm zustehenden Ermessen keinen bundesrechtswidrigen Gebrauch gemacht, zumal nicht ersichtlich ist, welche wesentlichen Umstände das Kantonsgericht nicht berücksichtigt haben sollte. Die Nichtbefolgung der Weisung betreffend Überstunden ist wie dargelegt in Bezug auf die Zulässigkeit der Kündigung ohne Belang. Dieses Verhalten steht in keinem Zusammenhang mit der mangelnden Selbstbeherrschung des Klägers. Unter diesen Umständen besteht für

das Bundesgericht kein Anlass, in das eng mit dem Ergebnis der Beweiswürdigung verknüpfte Ermessen des Kantonsgerichts korrigierend einzugreifen. In Bezug auf die Höhe der als Lohnersatz und Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR zugesprochenen Summen erhebt die Beklagte keine substantiierten Einwände, so dass der Entscheid diesbezüglich nicht zu überprüfen ist. In Bezug auf diese Punkte erweist sich die Berufung als unbegründet.

### **E. 3**

Weiter beanstandet die Beklagte die Überstundenentschädigung, die dem Kläger zusätzlich zum gewöhnlichen Stundenansatz zugesprochen wurde. Diese Zusatzentschädigung sei vertraglich ausgeschlossen. Das Kantonsgericht ging dagegen davon aus, der in den allgemeinen Anstellungsbedingungen enthaltene Ausschluss genüge den Anforderungen an die Schriftform nicht, da auf die Anstellungsbedingungen im Arbeitsvertrag nur pauschal verwiesen werde.

#### **E. 3.1**

Ob die in Art. 321c Abs. 3 OR verlangte Schriftform eingehalten ist, beurteilt sich nach den allgemeinen Regeln. Durch die Unterschrift soll unter anderem festgehalten werden, dass der Unterzeichnende den Inhalt der schriftlichen Erklärung anerkennt (Rekognitionszweck; Schönenberger/Jäggi, Zürcher Kommentar N. 20 und 22 zu Art. 13 OR ; Schmidlin, Berner Kommentar N. 9 der Allgemeinen Erläuterungen zu Art. 12-15 OR ). Darum muss die Unterschrift in der Regel nach ihrer räumlichen Stellung den Inhalt der Urkunde decken. Geht die Rekognitionsabsicht indessen klar aus der Urkunde hervor, so ist die Schriftform auch dann eingehalten, wenn die Erklärung oder der Vertrag auf mehreren Schriftstücken verkündet, aber nur eines davon unterzeichnet worden ist. Das ist namentlich dann der Fall, wenn im unterschriebenen Schriftstück ausdrücklich auf die anderen hingewiesen wird (Schönenberger/Jäggi, a.a.O., N. 38 zu Art. 13 OR ; Schmidlin, a.a.O. N. 21 der Allgemeinen Erläuterungen zu Art. 12-15 OR ). Wenn der Ausschluss der Überstundenentschädigung in den "Allgemeinen Arbeitsbedingungen" festgehalten wird, die vom Arbeitnehmer nicht unterschrieben worden sind, auf die aber in dem von ihm unterzeichneten Arbeitsvertrag verwiesen wird, ist somit das Erfordernis der Schriftform erfüllt und dem damit verfolgten Schutz- und Warnzweck Genüge getan (Bundesgerichtsurteil 4C.196/1993 vom 4. Januar 1994, E. 1 mit Hinweisen). Zwar wird in der Literatur auch die gegenteilige Auffassung vertreten (Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertrag 5. Auflage, 1992, N. 7 zu Art. 321c OR ). Entgegen den Ausführungen des Kantonsgerichts teilt jedoch Brühwiler diese Ansicht nicht, sondern gibt sie bloss wieder. An der angeführten Stelle (Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, N. 11 zu Art. 321c OR ) verweist er auf N. 2 zu Art. 320 OR seiner Kommentierung, wo der ausdrückliche Hinweis auf das Reglement für ausreichend erachtet wird. In neuester Zeit wird im Übrigen eine entsprechende Regelung in einem Reglement für zulässig erachtet und ein ausdrücklicher Verweis lediglich als "vorteilhaft", nicht etwa als zwingend bezeichnet (Christoph Senti, Reglement als Ergänzung zum Arbeitsvertrag, in AJP 2004 S. 1083 ff., 1090). Für das Bundesgericht besteht damit kein Anlass, von der zitierten Rechtsprechung abzuweichen. Da der Vertrag deutlich auf die allgemeinen Arbeitsbedingungen verweist, ist die Schriftform eingehalten. Ein ausdrücklicher Hinweis auf die Regelung der Überstunden ist demgegenüber nicht notwendig.

#### **E. 3.2**

Der Kläger macht geltend, er habe den Entschädigungszuschlag nicht für Überstunden, sondern ausschliesslich für eigentliche Überzeit beansprucht, für welche sie zwingend vorgeschrieben sei. Mit diesem Vorbringen weicht er indessen von den verbindlichen tatsächlichen Feststellungen des Kantonsgerichts ab, welches in Bezug auf die im Januar 2003 ausbezahlten Überstunden festhält, der Kläger weise nicht nach, dass es sich bei den geleisteten Stunden um Überzeit handle (S. 15).

### **E. 3.3**

Das Kantonsgericht hat in seiner Entscheidung offen gelassen, ob Überzeit oder Überstunden vorliegen. Die allgemeinen Anstellungsbedingungen gehen von einer Normalarbeitszeit von 44 Stunden und einer Höchstarbeitszeit von 50 Stunden pro Woche aus ( Art. 64 Abs. 2 OG ). Soweit die wöchentlich geleisteten Überstunden die Höchstarbeitszeit überschreiten, sind sie mit einem Lohnzuschlag von 25% zu entschädigen. Gemäss den Feststellungen des Kantonsgerichts wurden im Zeitraum von Juli 2002 bis April 2003 592.95 "Überstunden" geleistet. Eine derart hohe Stundenzahl kann nur erreicht werden, wenn der Kläger neben Überstunden auch Überzeit geleistet hat. Diesbezüglich erweist sich die Angelegenheit nicht als spruchreif, weshalb die Sache an das Kantonsgericht zurückzuweisen ist. Es wird für jede einzelne Arbeitswoche abzuklären haben, inwieweit es sich bei den vom Kläger über die Normalarbeitszeit hinaus geleisteten Stunden um zusätzlich zu entschädigende Überzeit handelt oder um gemäss den vertraglichen Vereinbarungen zuschlagsfrei abzugeltende Überstunden.

### **E. 4.1**

Die Berufung erweist sich als teilweise begründet. Die Sache ist in Bezug auf die Entschädigung für Überstunden zur Ergänzung des Sachverhaltes und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Übrigen ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Da der massgebende Streitwert Fr. 30'000.-- nicht erreicht, ist das Verfahren kostenlos ( Art. 343 Abs. 3 OR ). Die unterliegende Partei hat indessen die obsiegende für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen ( Art. 159 Abs. 1 und 2 OG ; BGE 115 II 30 E. 5c S. 42). Da die Beklagte mit der Berufung weitgehend unterliegt und hinsichtlich der streitigen Überstundenentschädigung von insgesamt Fr. 2'095.10 nur durchdringen kann, soweit damit nicht Überzeit abgegolten wird, rechtfertigt es sich, dem Kläger die volle Parteientschädigung zuzuerkennen.

### **E. 4.2**

Der Kläger hat um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nachgesucht. Wie der Verfahrensausgang zeigt, vermochte er sich der Berufung weitgehend erfolgreich zu widersetzen. Die Bedürftigkeit ist aufgrund der eingereichten Unterlagen zu bejahen, und die Komplexität des Verfahrens lässt den Beizug eines Rechtsanwalts als gerechtfertigt erscheinen. Dem Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ist daher nach Art. 152 Abs. 1 und 2 OG zu entsprechen. Dies hat zur Folge, dass dem Rechtsvertreter des Klägers das Honorar im Falle der Uneinbringlichkeit aus der Bundesgerichtskasse auszurichten ist.