

# **BL\_GERICHTE 400 2024 74 vom 21. Mai 2024**

BL Gerichte, 2024-05-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl\\_gerichte\\_400\\_2024\\_74](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_400_2024_74)

FR: BL\_GERICHTE 400 2024 74 du 21 mai 2024

IT: BL\_GERICHTE 400 2024 74 del 21 maggio 2024

## **Regeste**

Ungerechtfertigte fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses: Anspruch auf Auszahlung des Restferienguthabens bei einer (hypothetischen) Kündigungsfrist von zwei Monaten (E. 4); Grundsätzlicher Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung gem. Art. 337c Abs. 3 OR, ausser es liegen ausserordentliche Umstände vor (E. 5).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gegen erstinstanzliche Endentscheide kann gemäss Art. 308 ZPO Berufung erhoben werden, wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten die Berufung nur zulässig ist, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt. Die Berufung ist schriftlich und begründet innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Vorliegend hat das Kantonsgericht die Berufung vom 18. März 2024 gegen den Entscheid des Gerichtspräsidenten des Zivilkreisgerichts vom 21. November 2023 zu beurteilen. Vorinstanzlich wurde die Bezahlung des Betrags von CHF 30'000.00 gefordert. Der Streitwert liegt damit über der für eine Berufung erforderlichen Streitwertgrenze von CHF 10'000.00. Der angefochtene Entscheid wurde der Berufungsklägerin gemäss Rückschein der Schweizerischen Post am 15. Februar 2024 zugestellt. Die 30-tägige Rechtsmittelfrist endete am 18. März 2024 (Art. 142 Abs. 3 ZPO). Die gleichentags bei der Post zum Versand aufgebene Berufungsschrift erfolgte daher fristgerecht. Die Berufungsklägerin stützt ihre Berufung auf zulässige Berufungsgründe (Art. 310 ZPO). Da auch die weiteren Formalien und Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 ZPO), ist auf die Berufung einzutreten. Gemäss § 6 Abs. 1 lit. c i.V.m. § 5 Abs. 1 e contrario des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EG ZPO, SGS 221) ist die Dreierkammer der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts für die Beurteilung von Berufungen gegen Entscheide der Präsidien der Zivilkreisgerichte sachlich zuständig.

### **E. 2**

Nach Art. 317 Abs. 1 ZPO können neue Tatsachen und Beweismittel im Rechtsmittelverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Die von der Berufungsklägerin erstmals mit Berufung eingereichten Arztzeugnisse des Berufungsbeklagten für die Zeit vom 1. Januar 2021 bis 8. August 2021 erfolgen daher zu spät und können nicht berücksichtigt werden.

### **E. 3**

Die Berufungsklägerin anerkennt die Unrechtmässigkeit der fristlosen Kündigung vom 12. Oktober 2021 sowie die daraus resultierenden folgenden Teilbeträge: - Lohn bzw.

Lohnfortzahlung vom 1. Oktober 2021 bis 31. Dezember 2021 im Betrag von CHF 11'558.20 brutto - Entschädigung bzgl. Arbeitgeberbeiträge Pensionskasse im Betrag von CHF 578.80 netto - 13. Monatslohn im Betrag von CHF 5'510.00 brutto. Bestritten wird weiterhin der Anspruch auf Auszahlung des Feriensaldos sowie der Anspruch auf Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR. Somit geht es im vorliegenden Berufungsverfahren lediglich noch um die von der Vorinstanz gutgeheissene Ferienentschädigung von CHF 3'500.60 brutto sowie die Entschädigung gemäss Art. 337c OR im Betrag von CHF 6'175.00 netto.

#### **E. 4**

Auszahlung des Ferienanspruchs

##### **E. 4.1**

Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid, dem Berufungsbeklagten stünden aus dem aufgelösten Arbeitsverhältnis noch 19 Ferientage zu. Aufgrund seiner häufigen Absenzen sei dieser Anspruch gestützt auf Art. 329b Abs. 1 OR zu kürzen. Er sei während 109 Arbeitstagen krank oder arbeitsabwesend gewesen, so dass eine Kürzung von 4/12 zu erfolgen habe. Der Restferienanspruch betrage somit noch 12.33 Tage, welcher mit CHF 3'500.60 brutto abzugelten sei.

##### **E. 4.2**

Die Berufungsklägerin bestreitet die Ausführungen der Vorinstanz und wirft ihr vor, dem Berufungsbeklagten unter Verletzung der Art. 329c Abs. 2 i.V.m. Art. 329d Abs. 2 und Art. 337c OR zu Unrecht einen Anspruch auf Abgeltung des Ferienrechts im Umfang von CHF 3'500.60 zugesprochen zu haben. Die Berechnung des Restanspruchs von 12.33 Ferientagen sei korrekt. Bestritten werde jedoch, dass der Ferienanspruch ausbezahlt sei. Die Frage nach der Auszahlung des Feriensaldos sei im erstinstanzlichen Verfahren nicht behandelt worden. Auch werde im angefochtenen Entscheid nicht begründet, weshalb der Anspruch ausbezahlt werde. Die im vorinstanzlichen Verfahren nicht anwaltlich vertretene Berufungsklägerin sei zur Frage der Auszahlung des Feriensaldos nicht befragt worden. Seitens der Vorinstanz seien diesbezüglich auch keine Beweise erhoben worden. Dennoch sei die Berufungsklägerin zur Auszahlung des Feriensaldos verpflichtet worden, ohne diese Verpflichtung zu begründen, weshalb ihr rechtliches Gehör verletzt und der Sachverhalt ungenügend festgestellt worden sei. Soweit die Klage für diesen Teilbetrag nicht abzuweisen sei, müsse die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen werden. Die frühere bundesgerichtliche Regelung gem. BGE 117 II 270 sei überholt, wonach der Feriensaldo bei einer beschäftigungslosen Zeit von zwei bis drei Monaten ausbezahlt sei. Der hier interessierende Tatbestand sei mit jenem der Freistellung zu vergleichen. Gemäss BGer 4C.84/2002 sei nicht starr auf die Dauer der verbleibenden Zeit abzustellen. Als messbares Kriterium sei das Verhältnis zwischen den verbleibenden beschäftigungslosen Tagen und den verbleibenden Feriensaldotagen heranzuziehen. Dies gelte nicht nur bei der Freistellung, sondern nach Lehre und dem Gesagten auch bei der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung. In der kantonalen Rechtsprechung und Lehre habe sich die sog. Drittelsregel etabliert. Demnach dürfe der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein Drittel der bis zum (hypothetischen) Kündigungstermin verbleibenden Zeit als Ferien anrechnen. Folglich sei es dem Berufungsbeklagten ohne weiteres zumutbar, sein Feriensaldo von 12.33 Tagen bis zum 31. Dezember 2021 zu beziehen, weshalb dieser nicht ausbezahlt und die Berufung in diesem

Punkt gutzuheissen sei.

#### **E. 4.3**

Der Berufungsbeklagte bestreitet die Ausführungen der Berufungsklägerin und entgegnet in seiner Berufungsantwort, die von der Berufungsklägerin zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung sei nicht einschlägig und folglich nicht auf den vorliegenden Fall anwendbar. Das Bundesgericht habe im Gegenteil seine Rechtsprechung mehrfach bestätigt, wonach bei einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung der Ferienanspruch zu entschädigen sei bei einer Kündigungsfrist von zwei bis drei Monaten. Nur bei längeren Kündigungsfristen schulde der Arbeitgeber in der Regel keine Ferienentschädigung mehr.

#### **E. 4.4**

Bei einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung des Arbeitsverhältnisses stellt das Bundesgericht für die Frage nach der Auszahlung des Ferienanspruchs auf die Dauer der Kündigungsfrist ab. In BGE 4A\_257/2008 vom 23.7.2008 E.3 hat es die Grenze für eine relativ kurze Kündigungsfrist, welche den Ferienbezug nach einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung normalerweise nicht zulasse, bei zwei bis drei Monaten gezogen; bei längeren Kündigungsfristen schulde der Arbeitgeber dagegen in der Regel keine Ferienentschädigung mehr (STREIFF ULLIN/VON KÄNEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER in: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2012, Art. 337c N 18). Diese Rechtsprechung wird auch in neueren Entscheiden bestätigt, in der das Bundesgericht ausführt, beim ungerechtfertigt fristlos entlassenen Arbeitnehmer werde die Kompensation nicht bezogener Ferientage mit der Freizeit von der Voraussetzung abhängig gemacht, dass dem Arbeitnehmer ausreichend Zeit zum Bezug der Ferientage zur Verfügung stehe, und zwar in der Regel mehr als zwei bis drei Monate (BGer 4A\_56/2016 vom 30. Juni 2016, E. 4.1.1; BGE 128 III 271 E. 4a/bb S. 282; 117 II 270 E. 3b S. 272 f.; vgl. etwa auch Urteile 4A\_115/2010 vom 14. Mai 2010 E. 3.1; 4A\_308/2008 vom 25. September 2008 E. 3.2).

#### **E. 4.5**

Die soeben zitierten Bundesgerichtsentscheide widerlegen klar die Auffassung der Beschwerdeführerin, wonach der Ferienanspruch des Berufungsbeklagten zu Unrecht zur Auszahlung angeordnet worden sei. Entgegen der Argumentation der Berufungsklägerin ist eine ungerechtfertigte fristlose Entlassung nicht mit einer ordentlichen Kündigung mit Freistellung gleichzusetzen. Die von der Berufungsklägerin zitierten Lehrmeinungen und Bundesgerichtsentscheide zur Freistellung sind daher nicht einschlägig und folglich nicht zu berücksichtigen. Bei einem ungerechtfertigt fristlos entlassenen Arbeitnehmer wird die Kompensation nicht bezogener Ferientage mit der Freizeit von der Voraussetzung abhängig gemacht, dass dem Arbeitnehmer mehr als zwei bis drei Monate Zeit zum Bezug der Ferientage zur Verfügung steht. Dem Berufungsbeklagten verblieben jedoch nur 2.5 Monate bis zum Ablauf der (hypothetischen) Kündigungsfrist, d.h. vom 12. Oktober 2021 bis zum 31. Dezember 2021. Darin enthalten waren überdies sowohl die Feiertage um Weihnachten als auch seine Krankschreibung bis 24. Oktober 2021, was die Stellensuche zusätzlich erschwerte. Die Vorinstanz war daher nicht gehalten, die Berufungsklägerin zur Frage der Auszahlung des Feriensaldos zu befragen oder gar diesbezügliche Beweise abzunehmen. Bei einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung mit einer (hypothetischen) Kündigungsfrist von zwei Monaten ist es folglich korrekt, den Ferienanspruch von 12.33 Tagen auszubezahlen, weshalb die Berufung in diesem Punkt abzuweisen ist.

## **E. 5**

Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR

### **E. 5.1**

Die Vorinstanz führte diesbezüglich aus, es liege ein relativ kurzes Arbeitsverhältnis vor. Die Intensität der arbeitsvertraglichen Beziehung sei aufgrund der kurzen Dauer, des Inhalts der Arbeitstätigkeit sowie aufgrund des Umstands, dass der Berufungsbeklagte relativ oft krankheits- oder unfallbedingt abwesend gewesen sei, nicht als sehr hoch einzustufen. Andererseits habe die Berufungsklägerin ausgeführt, man habe dem Berufungsbeklagten aufgrund seiner häufigen krankheits- und unfallbedingten Absenzen nicht kündigen können, obwohl man dies gewollt habe. Die Berufungsklägerin habe damit indirekt zugestanden, dass man die gesetzliche Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b. OR für eine Kündigung habe umgehen wollen. Dieses Verhalten dürfe nicht sanktionslos bleiben, weshalb eine Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR von einem Monatslohn als angemessen erachtet werde.

### **E. 5.2**

Diesen Erwägungen widerspricht die Berufungsklägerin und führt aus, eine zusätzliche Pönale zur Lohnfortzahlung sei ungerechtfertigt, da sie kein Verschulden treffe. Der Berufungsbeklagte habe wiederholt während der Arbeitszeit Cannabis konsumiert. Dies sei von zwei Zeugen bestätigt worden. Durch den Konsum eines Betäubungsmittels auf einer Grossbaustelle habe er schwerwiegend gegen die arbeitsrechtlichen Pflichten verstossen. Überdies sei der Berufungsbeklagte mehrfach der Arbeit unentschuldig ferngeblieben. Es sei die Pflicht des Arbeitnehmers, sich ordentlich von der Arbeit abzumelden und sein fehlendes Verschulden seiner Abwesenheit zeitnah zu belegen. Für den Arbeitgeber hätten die Versäumnisse des Berufungsbeklagten wiederholten administrativen Zeitaufwand und grosse Planungsunsicherheit im Hinblick auf ihre Bauprojekte bedeutet. Zudem habe der Berufungsbeklagte trotz zahlreicher Ermahnungen bis zum Schluss keine gültigen Arbeitsrapporte eingereicht, was die Fakturierung seiner Leistungen verunmöglicht habe. Insgesamt habe der Berufungsbeklagte seine arbeitsrechtlichen Pflichten wiederholt und schwerwiegend missachtet, während sie ihm immer wieder entgegengekommen sei und Kulanz halbe walten lassen. Dass ihr dennoch eine Pönale auferlegt werde, sei nicht gerechtfertigt.

### **E. 5.3**

Der Berufungsbeklagte hält diesen Ausführungen entgegen, der angebliche Cannabiskonsum sei lediglich behauptet, jedoch nicht bewiesen worden, weshalb dieses Argument unbeachtlich sei. Zudem habe der Arbeitgeber um seine Krankheit gewusst. Es sei verfehlt, in diesem Zusammenhang von einem unentschuldigten Fernbleiben von der Arbeit zu sprechen, zumal er die Arztzeugnisse nachgereicht habe. Da er seit dem 6. August 2021 krankgeschrieben gewesen sei, habe er auch keine Arbeitsrapporte mehr einreichen müssen. Die Berufungsbeklagte habe anlässlich der vorinstanzlichen Parteibefragung zugegeben, dass es ihr bei der fristlosen Kündigung um die Umgehung der Sperrfrist gegangen sei. Folglich sei die Entschädigung nach Art. 337c OR in der Höhe eines Monatslohns gerechtfertigt.

### **E. 5.4**

Art. 337c Abs. 3 OR sieht als Sanktion bei ungerechtfertigter fristloser Kündigung durch den Arbeitgeber eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen vor. Diese hat sowohl Strafcharakter als auch Genugtuungsfunktion und soll die durch die ungerechtfertigte fristlose Kündigung erlittene Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers abgelten. Sie hat sich entscheidend nach der Strafwürdigkeit des Verhaltens des Arbeitgebers, der Schwere der Persönlichkeitsverletzung, dem Mass der Widerrechtlichkeit der fristlosen Entlassung, der finanziellen Situation der Parteien und der Schwere eines Mitverschuldens des Arbeitnehmers zu richten (BGE 123 III 246 E. 6a). In aller Regel ist eine Entschädigung geschuldet. Nur wenn ausserordentliche Umstände vorliegen, die trotz ungerechtfertigter fristloser Kündigung keine Strafzahlung zu Lasten des Arbeitgebers rechtfertigen, kann sie verweigert werden (BGE 121 III 64 E. 3c). Die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR wird vom Sachgericht nach pflichtgemäßem Ermessen aufgrund der Umstände des Einzelfalls festgesetzt ( BGer 4A\_56/2016 vom 30. Juni 2016, E. 4.2.1)

### **E. 5.5**

Die Vorinstanz hat dem Berufungsbeklagten korrekterweise eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR zugesprochen, da eine solche grundsätzlich geschuldet ist. Die von der Berufungsbeklagten vorgetragene Gründe (angeblicher Cannabiskonsum während der Arbeitszeit, wiederholtes unentschuldigtes Fernbleiben von der Arbeit) rechtfertigten keine Verweigerung der Zahlung. Eine Abmahnung aufgrund des angeblichen Cannabiskonsums des Berufungsbeklagten wurde nie ausgesprochen und auch im Kündigungsschreiben vom 12. Oktober 2021 nicht erwähnt. In Bezug auf das unentschuldigte Fernbleiben von der Arbeit wurde der Berufungsbeklagte erst sechs Tage vor Aussprechung der fristlosen Kündigung abgemahnt. Gemäss E-Mail vom 6. Oktober 2021 reichte der Berufungsbeklagte das fehlende Arztzeugnis auf Aufforderung hin ein. Es wäre somit an der Berufungsklägerin gelegen, die ausserordentlichen Umstände aufzuzeigen, die eine Verweigerung der Strafzahlung nach Art. 337c Abs. 3 OR rechtfertigten. Die Vorinstanz hat die Intensität der arbeitsvertraglichen Beziehung, die häufigen Absenzen des Berufungsbeklagten, das Verhalten beider Parteien und die Motivation der Berufungsklägerin zur ungerechtfertigten fristlosen Entlassung gewürdigt und ist zum nachvollziehbaren Schluss gekommen, dass aufgrund sämtlicher relevanter Umstände eine Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR von einem Monatslohn geschuldet sei. Dabei hat sie ihr Ermessen pflichtgemäss ausgeübt und die konkreten Umstände berücksichtigt, weshalb ihr Entscheid zu schützen und die Berufung auch in diesem Punkt abzuweisen ist.

### **E. 6**

vorinstanzliche Parteientschädigung

#### **E. 6.1**

Die Berufungsklägerin moniert weiter die Höhe der vorinstanzlich angeordneten Parteientschädigung. Der Berufungsbeklagte habe im Umfang von CHF 27'300.00 obsiegt. Entsprechend wäre ein Grundhonorar von maximal CHF 4'000.00 angebracht gewesen, was zu korrigieren sei.

#### **E. 6.2**

Die Vorinstanz verpflichtete die Berufungsklägerin zur Leistung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei in der Höhe von CHF 6'032.70, wobei sie die geltend gemachte Parteientschädigung von CHF 6'307.30 als zu hoch erachtete und kürzte. Gemäss § 7 Abs. 1

lit. e der Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte (TO) liegt das Grundhonorar bei einem Streitwert zwischen CHF 20'000.00 – CHF 50'000.00 zwischen CHF 3'300.00 bis maximal CHF 6'450.00. Das Grundhonorar wurde unter Berücksichtigung der nicht sehr hohen Schwierigkeit des Falles auf CHF 4'500.00 festgesetzt. Für die Teilnahme an der Schlichtungsverhandlung gewährte die Vorinstanz einen Zuschlag von 20 % gemäss § 8 Abs. 1 lit. b. Ziff. 1 TO sowie einen Betrag von CHF 180.00 für die effektive Reisezeit (1 Stunde) gemäss § 8 Abs. 1 lit. c. TO. In nachvollziehbarer Weise hat die Vorinstanz begründet, weshalb sie das Grundhonorar auf CHF 4'500.00 festsetzt und wie sich die einzelnen Zuschläge zusammensetzen. In pflichtgemässer Ausübung ihres Ermessens hat die Vorinstanz die geltend gemachte Parteientschädigung auf CHF 6'032.70 reduziert, was es zu bestätigen gilt. Somit kann offen bleiben, ob überhaupt auf den Kürzungsantrag der Berufungsklägerin einzutreten ist, zumal sie mit keinem Wort darlegt, weshalb das Grundhonorar zu hoch angesetzt sei.

## **E. 7**

Da sich sämtliche Rügen der Berufungsklägerin als unbegründet erweisen, ist die Berufung abzuweisen. Es bleibt noch über die Verlegung der im Berufungsverfahren entstandenen Kosten zu befinden. Diese bestehen aus den Gerichtskosten sowie der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Gemäss Art. 114 lit. c ZPO dürfen bei Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.00 keine Gerichtskosten gesprochen werden. Diese Vorschrift entfaltet auch im kantonalen Rechtsmittelverfahren Gültigkeit, weshalb mit dem vorliegenden Entscheid keine Gerichtsgebühr zu erheben ist. Da die Berufungsklägerin im vorliegenden Verfahren vollständig unterliegt, hat sie antragsgemäss eine Parteientschädigung an den Berufungsbeklagte auszurichten. Der Rechtsvertreter des Berufungsbeklagten hat im Berufungsverfahren keine Honorarnote eingereicht, weshalb die Parteientschädigung gemäss § 18 Abs. 1 TO von Amtes wegen nach Ermessen festzusetzen ist. Die Parteientschädigung bemisst sich in Anwendung von § 2 Abs. 2 und § 10 Abs. 1 der Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte (TO, SGS 178.112) nach dem zweitinstanzlichen Streitwert, welcher sich vorliegend aus der gutgeheissenen Ferienentschädigung von CHF 3'500.60 brutto sowie der Entschädigung gemäss Art. 337c OR im Betrag von CHF 6'175.00 netto zusammensetzt und somit CHF 9'675.60 beträgt. Das Grundhonorar bemisst sich nach § 7 Abs. 1 lit. c TO und liegt zwischen CHF 1'500.00 und CHF 2'400.00. Im vorliegenden Berufungsverfahren fand keine Hauptverhandlung mit Parteien statt und die Berufungsantwort umfasst lediglich sieben Seiten. Jedoch mussten auch die neunzehseitige Berufung sowie die siebenseitige Stellungnahme der Berufungsklägerin studiert und mit dem Berufungsbeklagten erörtert werden, weshalb sich ein Grundhonorar von CHF 2'400.00 rechtfertigt. Mangels Einreichung einer Honorarnote ist kein Auslagenersatz geschuldet (vgl. KGer BL 400 19 196 vom 19. November 2019 E. 10.2). Die Vergütung der Mehrwertsteuer wurde hingegen beantragt, so dass die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 2'594.40 zu bezahlen hat.

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