

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2022.39 vom 10. Mai 2023**

BS Appellationsgericht, 2023-05-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZB.2022.39](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2022.39)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2022.39 du 10 mai 2023

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2022.39 del 10 maggio 2023

## **Erwägungen**

### **E. 19**

August 2019 ■ fehlt es an einer Verwarnung, die dem Arbeitnehmer die Folgen einer erneuten Verfehlung vor Augen geführt hätte.

Gemäss dem dritten Vorbringen der Arbeitgeberin rechtfertigt bereits das «mutwillig torpedierende Verhalten» des Arbeitnehmers nach der ordentlichen Kündigung eine fristlose Entlassung. Wie dargelegt sind dem Arbeitnehmer nach dem Aussprechen der ordentlichen Kündigung vom 19. August 2019 vier Verspätungen (zwei angekündigt, eine geringfügig) vorzuhalten (vgl. oben E. 5.3 erster Absatz). Selbst in Kombination mit den angeblichen Verspätungsvordem Aussprechen der ordentlichen Kündigung sind diese nicht gewichtig genug, um eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen (vgl. oben E. 5.3 zweiter Absatz). Erst recht genügen die vier Verspätungen ■ isoliert betrachtet ■ nicht, um eine fristlose Entlassung zu legitimieren.

5.4Der vorliegende Fall reiht sich denn auch zwanglos ein in eine Reihe von Bundesgerichtsentscheiden zur fristlosen Kündigung:

- In einem ersten Bundesgerichtsentscheid war eine Arbeitnehmerin seit Januar 2001 als Krankenpflegerin angestellt. Die Arbeitgeberin gestattete ihr die Teilnahme an einer Weiterbildung von 9½ Tagen während der Arbeitszeit und übernahm das Kursgeld von CHF 870.■. Zwischen Ende Februar 2002 und Anfang April 2002 besuchte die Arbeitnehmerin an zwei Tagen ohne Rechtfertigungsgrund weder den Kurs noch ging sie der Arbeit nach; dabei meldete sie sich weder bei der Kursleitung ab noch informierte sie die Arbeitgeberin. Darüber hinaus informierte sie die Arbeitgeberin auch nicht über den Ausfall eines weiteren Kurstags und über ihre begründete Absenz an einem vierten Kurstag. Ohne vorgängige Verwarnung sprach die Arbeitgeberin am 16. April 2002 die fristlose Kündigung aus. Im Einklang mit dem Kantonsgericht Basel-Landschaft beurteilte das Bundesgericht diese fristlose Entlassung als ungerechtfertigt. Es hielt fest, dass das unentschuldigte Fernbleiben vom Arbeitsplatz für sich allein im Allgemeinen zu wenig schwerwiegend sei, um eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen; bei Wiederholung trotz Verwarnung erlange es aber das notwendige Gewicht. Nicht abgemahnte Absenzen bildeten für sich allein namentlich dann keinen Grund zur fristlosen Entlassung, wenn sie auf blosser Nachlässigkeit, auf entschuldbaren Motiven oder auf einem entschuldbaren Irrtum über die Rechtslage gründeten. Das Unterlassen der Meldungen an die Arbeitgeberin an den vier Kurstagen stelle eine geringfügige Nachlässigkeit dar, die eine fristlose Kündigung nicht rechtfertige (BGer 4C.222/2003 vom 2. September 2003 E. 2).

Der vorliegend zu beurteilende Fall ist insofern ähnlich gelagert, als die Arbeitgeberin ebenfalls keine Verwarnung ausgesprochen hat. Das vorliegend zu beurteilende Verhalten des Arbeitnehmers erscheint insofern als weniger gravierend, als er sich lediglich vier

Verspätungen vorhalten lassen muss (wovon eine geringfügig war und zwei weitere vorangekündigt waren) ■ und nicht vier volle Absentzstage. Im Vergleich zum dargestellten Bundesgerichtsentscheid erscheint eine fristlose Kündigung im vorliegenden, weniger gravierenden Fall erst recht als ungerechtfertigt.

- Ein zweiter Bundesgerichtsentscheid betrifft einen Service-Angestellten, der seit Juni 2001 in einem Restaurant arbeitete und jeweils am Morgen für die Öffnung des Restaurants zuständig war. Mit grosser Regelmässigkeit verspätete er sich, so dass Gäste warten mussten oder zur Konkurrenz abwanderten. Wegen der Verspätungen ermahnte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer im Zeitraum zwischen Mai und August 2002 mehrmals und gab ihm zu verstehen, dass er bei Nichtbeachtung dieser Verwarnung mit Konsequenzen rechnen müsse. Eine letzte Ermahnung erfolgte am 14. Oktober 2002. Am 19. Oktober 2002 sprach der Arbeitgeber die fristlose Kündigung aus. Im Einklang mit dem Thurgauer Obergericht beurteilte das Bundesgericht diese fristlose Kündigung als gerechtfertigt (BGer 4C.117/2005 vom 19. Mai 2005 E. 2 und 3).

Der Sachverhalt dieses zweiten Bundesgerichtsentscheid unterscheidet sich mindestens in zwei Punkten wesentlich vom vorliegenden Fall: Zum einen waren die Verspätungen des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber insofern deutlich gravierender, als dadurch Kunden verärgert wurden oder verloren gingen; zum anderen hatte der Arbeitgeber im Vorfeld der fristlosen Kündigung mehrere Ermahnungen wegen der Verspätungen ausgesprochen und es musste dem Arbeitnehmer bewusst sein, dass die angedrohten Konsequenzen eine fristlose Entlassung bedeuten konnten. Im Vergleich zu diesem Bundesgerichtsentscheid erscheint das vorliegend zu beurteilende Verhalten des Arbeitnehmers insgesamt als weit weniger gravierend und bietet ■ auch mangels Verwarnung ■ keinen Anlass für eine fristlose Kündigung.

- Ein dritter Bundesgerichtsentscheid betrifft einen Arbeitnehmer, der von 2000 bis 2002 beim Arbeitgeber eine Anlehre als Fahrzeugwart absolviert und in der Folge bei diesem in dieser Funktion weitergearbeitet hat. Auf Ende März 2006 sprach der Arbeitgeber die ordentliche Kündigung aus. Ab März 2007 arbeitete der Arbeitnehmer wieder beim gleichen Arbeitgeber. Am 1. Mai 2012 verwarnte dieser den Arbeitnehmer wegen seines Verhaltens gegenüber der Kundschaft, den Arbeitskollegen und den Vorgesetzten sowie seiner Einstellung zur Arbeit und drohte ihm bei weiteren diesbezüglichen Reklamationen die fristlose Entlassung an. Am 21. Januar 2014 kündigte der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fristlos. Aufgrund der Verwarnung vom 1. Mai 2012 und des nachfolgenden «frechen» oder «sehr patzigen» Verhaltens des Arbeitnehmers gegenüber Kunden, immer wieder vorkommender Verspätungen am Morgen und frühzeitigen Verlassens der Arbeitsstelle am Abend erachtete das Bundesgericht die fristlose Kündigung vom 21. Januar 2014 als gerechtfertigt, dies in Übereinstimmung mit dem Aargauer Obergericht (BGer 4A\_288/2016 vom 26. September 2016 E. 2 und 5).

Im Gegensatz zum dargestellten Bundesgerichtsentscheid sprach die Arbeitgeberin im vorliegenden Fall keine Verwarnung aus. Zudem wiegen die Verfehlungen des Arbeitnehmers im vorliegenden Fall ■ vier Verspätungen ■ auch weniger schwer als die Verfehlungen des Fahrzeugwarts im dargestellten Bundesgerichtsentscheid.

Auch in der Literatur zum Arbeitsrecht wird festgehalten, dass unentschuldigtes Fernbleiben oder verspätetes Erscheinen am Arbeitsplatz und unerlaubte Arbeitsunterbrüche für sich allein zu wenig schwer wiegen, um eine fristlose Kündigung zu

rechtfertigen. Allerdings erlangen sie bei Wiederholung trotz einer klaren Abmahnung mit Androhung der fristlosen Entlassung ■ je nach Geringfügigkeit der Vertragsverletzung muss die Abmahnung auch wiederholt werden ■ das für eine fristlose Kündigung notwendige Gewicht (Rehbinder/Stöckli, Berner Kommentar, 2. Auflage 2014, Art. 337 OR N 6; vgl. ähnlich Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, Zürich 2012, Art. 337 N 5 lit. d; Farner, in: Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich 2018, N 12.51 und 12.52).

Im vorliegenden Fall sind dem Arbeitnehmer nach der ordentlichen Kündigung vom 19. August 2019 vier Verspätungen (wovon zwei angekündigt und eine geringfügig) vorzuwerfen. Diese eher geringfügigen Verfehlungen genügen ■ ohne vorherige Verwarnung ■ nicht, um die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar zu machen, zumal dieses im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung vom 13. September 2019 nur noch etwas mehr als zwei Monate gedauert hätte. Dies stellte bereits das Zivilgericht in seinem sorgfältig begründeten Entscheid fest.

## 6. Berufungsentscheid

Aus diesen Erwägungen folgt, dass der angefochtene Zivilgerichtsentscheid zu bestätigen und die dagegen erhobene Berufung abzuweisen ist.

Bei diesem Verfahrensausgang trägt die unterliegende Arbeitgeberin die Prozesskosten des Berufungsverfahrens (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.■ werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 114 lit. c ZPO). Dies gilt auch für das Rechtsmittelverfahren. Dementsprechend ist das vorliegende Berufungsverfahren kostenlos.

Die Arbeitgeberin hat dem anwaltlich vertretenen Arbeitnehmer aber eine Parteientschädigung zu zahlen. Im Berufungsverfahren berechnet sich das Honorar nach den gleichen Grundsätzen wie im zivilgerichtlichen Verfahren. Das Grundhonorar beträgt in der Regel die Hälfte bis zwei Drittel der Ansätze für das zivilgerichtliche Verfahren. Das Grundhonorar umfasst einen einfachen Schriftenwechsel ohne Hauptverhandlung (§ 12 Abs. 1 des Honorarreglements [HoR, SG 291.400]). Im vorliegenden Berufungsverfahren beträgt der Streitwert noch CHF 12'260.16 (CHF 5'900.16 + CHF 6'360.■ nach Dispositivziffer 2 des Zivilgerichtsentscheids, die gemäss Berufung aufgehoben werden soll). Bei einem Streitwert von CHF 12'260.16 beträgt das Grundhonorar im zivilgerichtlichen Verfahren zwischen CHF 2'000.■ und CHF 3'000.■ (§ 5 Abs. 1 HoR). Angesichts der im Vergleich zu anderen Streitigkeiten mit ähnlichem Streitwert umfangreicheren Bemühungen (§ 2 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 HoR) ist es angezeigt, das Grundhonorar mit CHF 3'000.■ festzusetzen. Aufgrund des Abzugs von einem Drittel für das Berufungsverfahren (§ 12 Abs. 1 HO) ergibt sich eine Parteientschädigung von CHF 2'000.■. Hinzu kommen Auslagen von CHF 60.■ (§ 23 Abs. 1 HO) und die Mehrwertsteuer.

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