

# GR\_GERICHTE ZF 2004 59 vom 25. Oktober 2004

GR Gerichte, 2004-10-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZF\\_2004\\_59](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZF_2004_59)

FR: GR\_GERICHTE ZF 2004 59 du 25 octobre 2004

IT: GR\_GERICHTE ZF 2004 59 del 25 ottobre 2004

## Regeste

Forderung aus Arbeitsvertrag | OR Arbeitsvertrag

## Erwägungen

### E. 2

hat sich ergeben: A. Wie den darin übereinstimmenden Prozessschriften entnommen werden kann, war Z. vom 31. Dezember 2000 bis 31. Januar 2003 als Schichtverkäufer bei der X. im A. in B. angestellt. Am 29. Oktober 2002 haben die Parteien einen neuen Arbeitsvertrag abgeschlossen und den Bruttolohn auf monatlich Fr. 3'200.-- festgesetzt. Zudem wurde das befristete Arbeitsverhältnis in ein unbefristetes umgewandelt. B. Am 7. August 2002 wurde Z. von der Arbeitgeberin in einem als „Verwarnung“ betitelten Schreiben darauf hingewiesen, dass der Konsum von Alkohol und das Kiffen während der Arbeitszeit sowie die Entwendung von Waren und Geld untersagt sei. Zudem wurde er darauf aufmerksam gemacht, dass die Arbeitsstunden in den Rapporten zu erfassen seien und letztere jeweils am Sonntagabend abzugeben seien. Am 24. September 2002 wurde Z. schriftlich verwarnt, weil er ohne den Geschäftsführer zu informieren, am Morgen desselben Tages das Geschäft geschlossen hatte. Ausserdem wurde er aufgefordert, die geleisteten Stunden in den Stundenblättern einzutragen. Für den Fall einer erneuten Verfehlungen dieser Art wurde ihm die fristlose Kündigung angedroht. Einen Tag später, am 25. September 2002, wurde Z. erneut von der Arbeitgeberin verwarnt, weil er das Überwachungssystem verstellt und den Merktzettel entfernt hatte, worauf stand, die Einstellungen der Kameras und der Monitore dürften nur vom Shopmanager geändert werden. C. Am 30. Januar 2003 war Z. für die Frühschicht eingeteilt. An diesem und dem darauf folgenden Tag erschien er nicht zur Arbeit. Am 31. Januar 2003 fand ein Telefongespräch zwischen C., dem Geschäftsführer der X., und Z. statt, über dessen Inhalt die Parteien sich nicht einig sind. Vom 1. bis 3. Februar 2003 war Z. hospitalisiert. Mit Schreiben vom 4. Februar 2003 teilte die X. dem Arbeitnehmer unter anderem mit, sie sei nicht mehr in der Lage, das Arbeitsverhältnis mit ihm aufrecht zu erhalten. Aufgrund der mündlichen Kündigung des Arbeitnehmers vom 31. Januar 2003 sei das Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 337d OR aufgelöst. D. Nachdem sich die Parteien in der Folge nicht einigen konnten, liess Z. am 26. März 2003 eine Klage mit folgenden Rechtsbegehren beim Vermittleramt des Kreises Oberengadin anhängig machen: „1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger einen Betrag von Fr. 9'600.-- abzüglich der ordentlichen Sozialversicherungsbeiträge, nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Februar 2003 zu bezahlen.

### E. 3

Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger nachstehendes Arbeitszeugnis aus- und zuzustellen. Arbeitszeugnis Herr Z., geb. 10.10.1971, war bei uns vom 31. Dezember 2000 bis 31. Januar 2003 als Schichtverkäufer beschäftigt. Seine Aufgaben umfassten

insbesondere den Verkauf in unserem A. in B., das Zubereiten von Snacks, das Aufbacken von Brot, das Auffüllen der Regale, der Verleih von Videos/DVD's, die Kontrolle der Lieferungen, das Reinigen und Sauberhalten des Geschäftslokales, den Kassaabschluss. Herr Z. war ein hervorragender Mitarbeiter, der seine Aufgaben stets mit grösstem Einsatz und zu unserer vollen Zufriedenheit erledigt hat. Ganz besonders erwähnenswert ist seine ausgewogene und äusserst angepasste Persönlichkeit, seine schnelle Auffassungsgabe, sein Einsatzwille sowie seine Kommunikationsbegabung. Wir danken Herrn Z. für die geleistete Arbeit, seinen Einsatz und die gute Zusammenarbeit bestens und wünschen ihm alles Gute für seine weitere Laufbahn und seine Zukunft. X.

#### **E. 4**

Die ausseramtlichen Kosten werden wettgeschlagen.

#### **E. 5**

(Rechtsmittelbelehrung)

#### **E. 6**

c) Den Akten kann im vorliegenden Fall entnommen werden, dass der Berufungsbeklagte vom 1. Februar 2003 bis zum 3. Februar 2003 unter anderem wegen einer viralen Gastroenteritis in der Medizinischen Abteilung des Spitals Obengadin hospitalisiert war (kB 11). Sodann bestätigt das Arztzeugnis von Dr. med. D., dass Z. in der Folge am 4. und 5. Februar 2003 zu 100% arbeitsunfähig war (kB 12). Was die beiden Tage vom 30. und 31. Januar 2003 betrifft, sagte C., der Geschäftsführer der Berufungsklägerin als Zeuge aus, der Berufungsbeklagte sei am 30. Januar 2003 unentschuldigt nicht zur Arbeit erschienen. In der Nacht vom 30. auf den 31. Januar 2003 hätten sie den Berufungsbeklagten gesehen, wie er mit seinem Auto an den Geschäftslokalitäten vorbeigefahren sei. Er habe sodann Z. angerufen und gesagt, dass er am 31. Januar 2003 wieder zur Arbeit erscheinen müsse. Dieser habe geantwortet, er werde nicht kommen. Er habe darauf bestanden, dass er am nächsten Tag vorbeikomme und ein Arztzeugnis mitbringe. E., ein Mitarbeiter der Berufungsklägerin, führte als Zeuge aus, C. habe ihm am frühen Morgen des 31. Januar 2003 gebeten, ein Telefongespräch mit dem Berufungsbeklagten zu übersetzen. Anlässlich dieses Telefongesprächs habe Z. ihm beziehungsweise C. mitgeteilt, es sei ihm schlecht. Darauf habe C. geantwortet, der Berufungsbeklagte solle vorbeikommen. Z. habe sodann erwidert, es sei ihm schlecht, weshalb er nicht vorbeikommen werde. Diese Zeugenaussage zeigt, dass die Arbeitnehmerin spätestens am Morgen des 31. Januar 2003 darüber informiert war, dass der Berufungsbeklagte krank war und deshalb am 30. und am 31. Januar 2003 nicht zur Arbeit erschienen war. C. bestätigte zwar als Zeuge nicht, dass Z. ausgesagt habe, es sei ihm schlecht. Es gilt jedoch zu berücksichtigen, dass C. Geschäftsführer und Gesellschafter der Berufungsklägerin ist und deshalb ein Interesse am Ausgang des Verfahrens hat. Zudem ist der Umstand, dass C. den Berufungsbeklagten aufgefordert haben soll, ein Arztzeugnis vorbeizubringen, als Hinweis zu werten, dass C. im Bilde war, dass der Arbeitnehmer krank war. Wie bereits ausgeführt, muss die Arbeitgeberin in der Regel 2-4 Tage verstreichen lassen, bis sie auf definitive Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer schliessen darf. Daraus folgt, dass die Arbeitgeberin im vorliegenden Fall aus dem Verhalten des Arbeitnehmers nicht schliessen durfte, letzterer wolle das Arbeitsverhältnis definitiv auflösen. Entscheidend ist jedoch in diesem Zusammenhang die Tatsache, dass die Ärztin Dr. med. F., welche Z. während seines Spitalaufenthalts betreut hat, in ihrer schriftlichen Auskunft vom 31. März 2004 ausgeführt

hat, dass Z. bei der Einweisung am 1. Februar 2003 einen reduzierten Allgemeinzustand aufgewiesen und bei der Untersuchung Schmerzen im Unterbauch angegeben habe. Nach ihrer Einschätzung könne es zutreffen, dass der Berufungsbeklagte schon vor dem Spitalertritt zwei Tage akut krank gewesen sei. Es ist im Übrigen auch nicht anzuneh-

#### **E. 7**

men, dass der Berufungsbeklagte schon beim Auftreten von ersten Beschwerden sich in Spitalpflege begeben hat. Wenn aber der Berufungsbeklagte am 30. und 31. Januar 2003 akut krank war, so kann auch nicht behauptet werden, der Arbeitnehmer habe die Arbeitsstelle ohne wichtigen Grund verlassen, zumal eine akute Krankheit ja gerade als wichtiger Grund für eine Arbeitsabwesenheit zu qualifizieren ist. Somit sind die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 337d OR nicht gegeben. 2. a) Kann der von der Berufungsklägerin vertretene Auffassung, wonach der Tatbestand des Verlassens der Arbeitsstelle vorliegt, nicht gefolgt werden, ist im Weiteren zu prüfen, ob das Arbeitsverhältnis durch Aufhebungsvertrag im Sinne von Art. 115 OR aufgehoben worden ist. Die Berufungsklägerin behauptet nämlich, das Arbeitsverhältnis sei durch gemeinsame Willensübereinkunft rechtsverbindlich aufgehoben worden. Nachdem der Arbeitnehmer am 30. Januar 2003 nicht zur Arbeit erschienen sei und einige Stunden vor Arbeitsbeginn vor den Geschäftslokalitäten vorbeigefahren sei, habe C. Z. telefonisch aufgefordert, die Arbeit am 31. Januar 2003 pünktlich anzutreten. Der Berufungsbeklagte habe darauf geantwortet, er werde nicht kommen. C. habe in der Folge den Arbeitnehmer aufgefordert, ein Arztzeugnis vorzuweisen. Erneut habe sich der Berufungsbeklagte dahingehend geäußert, er werde nicht kommen. Sodann habe C. Z. erklärt, er müsse in diesem Fall nicht mehr kommen. Dies habe der Berufungsbeklagte bestätigt. Der Aufhebungswille sei durch die Äusserungen der Berufungsbeklagten klar formuliert worden. Es sei völlig unerheblich, welches Interesse der Berufungsbeklagte an dieser Vorgehensweise gehabt habe. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz hätten sich die Parteien auch über sämtliche Punkte des Aufhebungsvertrages geeinigt. b) Auch dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses ist unabhängig von der Möglichkeit einer einseitigen Kündigung nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit im gegenseitigen Einverständnis wohl jederzeit und formlos möglich. Doch setzt die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag voraus, dass über alle wesentlichen Punkte Einverständnis erzielt wurde. Durch den Aufhebungsvertrag dürfen nicht ohne Grund, das heisst ohne gleichwertige Zugeständnisse, zwingende Vorschriften zum Schutze des Arbeitnehmers vor Kündigung umgangen werden. Da mit dem Aufhebungsvertrag auf den Kündigungsschutz verzichtet wird, ist bei der Bejahung stillschweiger oder konkludenter Aufhebungsverträge grosse Vorsicht am Platz. Es müssen also besondere Anhaltspunkte für einen entsprechenden Vertragswillen vorliegen. Die blosser Nicht-Reaktion auf eine unwirksame Kündigung genügt auf gar keinen

#### **E. 8**

Fall (vgl. Manfred Rehbinder, Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband: Der Arbeitsvertrag, 2. Abschnitt, Bern 1992, N 2 zu Art. 335 OR mit weiteren Hinweisen; BGE 4C. 185/2001, E. 2 lit. a). Entscheidend ist, dass der Aufhebungswille aus den Willensäusserungen der Parteien erkennbar ist und dass er genügend bestimmt ist (BGE 4C. 185/2001, E. 2 lit. a mit weiteren Hinweisen). Aufgrund der Interessenlage wird sodann insbesondere der Arbeitgeber oft nicht nach Treu und Glauben auf einen entsprechenden Auflösungswillen des Arbeitnehmers schliessen dürfen.

Der Arbeitnehmer muss jedenfalls ein vernünftiges Interesse am Abschluss des Aufhebungsvertrages haben (vgl. Manfred Rehbinder/Wolfgang Portmann, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003, N 16 ff. zu Art. 335 OR). c) Im vorliegenden Fall führte C. anlässlich seiner Zeugenaussage aus, er habe dem Berufungsbeklagten angerufen und diesem mitgeteilt, er müsse am 31. Januar 2003 pünktlich zur Arbeit erscheinen. Als dieser geantwortet habe, dass er nicht kommen werde, habe er erwidert, er müsse vorbeikommen und mindestens ein Arztzeugnis mitbringen. Z. habe in der Folge nochmals betont, er werde nicht kommen. Darauf habe er dem Berufungsbeklagten gesagt, in diesem Fall müsse er gar nicht mehr kommen. Dieser habe sich sodann dahingehend geäußert, er werde demnach nicht mehr zur Arbeit erscheinen. E., der das Telefongespräch zwischen Z. und C. übersetzt hat, erklärte ebenfalls als Zeuge, der Berufungsbeklagte habe C. mitgeteilt, dass ihm schlecht sei, worauf C. befohlen habe, der Arbeitnehmer habe am Arbeitsplatz zu erscheinen. Als der Berufungsbeklagte erneut betont habe, er werde nicht kommen, da ihm schlecht sei, habe C. dargetan, dass er in diesem Fall gar nicht mehr kommen müsse. Sinngemäss habe Z. geantwortet: „ok, dann komme ich nicht mehr“. Aus der Bemerkung des Arbeitnehmers, worauf er in diesem Fall nicht mehr zur Arbeit erscheine, kann nicht abgeleitet werden, es habe dem Willen des Berufungsbeklagten entsprochen, das Arbeitsverhältnis sofort aufzulösen. Der Aufhebungswille muss, wie bereits dargestellt, aus den Willensäusserungen der Parteien erkennbar sein und muss genügend bestimmt sein. Die Aussage von Z. ist als Feststellung von Tatsachen zu werten, zumal C. bereits vorher ausgeführt hatte, dass er – falls er am 31. Januar 2003 nicht zur Arbeit erscheine – überhaupt nicht mehr als Arbeitnehmer willkommen sei. Wie die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat, ist die Erklärung des Geschäftsführers der Berufungsklägerin als klare Willensäusserung zu verstehen, seinerseits den Arbeitsvertrag mit dem Berufungsbeklagten aufzulösen, für den Fall, dass dieser anderntags nicht am Arbeitsort erscheinen sollte. Keinesfalls ist diese Äusserung in ihrer absoluten Formulierung als Angebot zur einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu

## **E. 9**

qualifizieren. Kommt hinzu, dass kein Interesse ersichtlich ist, welches der Arbeitnehmer am Abschluss einer solchen Vereinbarung hätte haben können. Im Gegenteil, verzichtet doch der Arbeitnehmer beim Abschluss eines Aufhebungsvertrages auf den Kündigungsschutz und auch der Anspruch auf Arbeitslosengeld wird verkürzt. Dass der Arbeitnehmer ab dem angeblichen Aufhebungszeitpunkt in der Lage gewesen wäre, eine neue Stelle anzutreten, kann den Akten nicht entnommen werden und wurde denn auch von der Berufungsklägerin nicht geltend gemacht. Schliesslich kann auch nicht behauptet werden, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagter hätten sich in allen wesentlichen Punkten geeinigt, da nicht darüber gesprochen wurde, wie der Ferienanspruch des Arbeitnehmers hätte abgegolten werden sollen. Aufgrund all dieser Umstände steht somit fest, dass zwischen den Parteien kein Aufhebungsvertrag zustande gekommen ist. Nach dem Gesagten ergibt sich vielmehr, dass dem Arbeitnehmer fristlos gekündigt worden ist, für den Fall, dass er am 31. Januar 2003 nicht zur Arbeit erscheint. 3. a) Am 5. Februar 2003 wurde Z. von G. telefonisch mitgeteilt, er dürfe nicht mehr zur Arbeit erscheinen. Er werde von C. diesbezüglich ein Schreiben erhalten. Das besagte Schreiben datiert vom 4. Februar 2003. Darin wurde dem Berufungsbeklagten eröffnet, dass die Berufungsklägerin an der mündlichen Kündigung des Arbeitnehmers vom 31. Januar 2003 festhalte. Aufgrund verschiedener Vorfälle sei die X. nicht mehr in der Lage, das Arbeitsverhältnis

mit Z. aufrecht zu erhalten. Die Berufungsklägerin führt in ihrer Berufung aus, der Berufungsbeklagte anerkenne zu Recht, dass ihm weder am 30. noch 31. Januar 2003 fristlos gekündigt worden sei, indem er in der Prozesseingabe ausführe, ihm sei am 5. Februar 2003 gekündigt worden. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Allein aufgrund des Umstandes, dass der Berufungsbeklagte in seiner Prozesseingabe das Ereignis der Kündigung vom 31. Januar 2003 nicht ausdrücklich als Kündigung qualifiziert hat, kann die Berufungsbeklagte nichts zu ihren Gunsten ableiten. Wie bereits ausgeführt, steht fest, dass dem Arbeitnehmer fristlos gekündigt worden ist, für den Fall, dass er am 31. Januar 2003 nicht zur Arbeit erscheint. Z. hat denn auch in der Folge die Arbeit am 31. Januar 2003 nicht aufgenommen. Die Frage, ob auch am 5. Februar 2003 eine Kündigung ausgesprochen worden ist, kann unter diesen Umständen offen gelassen werden, da dem Arbeitnehmer bereits am 31. Januar 2003 gekündigt worden ist. Entscheidend ist nun die Frage, ob die Voraussetzungen für eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin im Sinne von Art. 337 OR erfüllt waren. Die Berufungsklägerin bejaht diese Frage. Z. habe am 30. Januar 2003 grundlos die Arbeit verweigert und sei trotz ausdrücklicher Aufforderung auch am 31. Januar 2003 nicht zur Arbeit erschienen. Dies stelle eine

#### **E. 10**

wiederholte krasse Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten dar. Zudem sei zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer während der Arbeitszeit Alkohol und Drogen konsumiert habe und deshalb schon zwei Mal verwarnt worden sei. Da Z. diesen klaren Weisungen und schriftlichen Abmahnungen - mit Androhung der fristlosen Kündigung im Wiederholungsfall - widersetzt habe, sei die fristlose Entlassung gerechtfertigt. Schliesslich sei unbestritten, dass der Berufungsbeklagte Fr. 300.-- aus der Kasse entnommen und nicht erstattet habe. Derartiges Verhalten rechtfertigt jederzeit eine fristlose Entlassung. b) Aus wichtigen Gründen kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer jederzeit das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen; er muss die fristlose Vertragsauflösung schriftlich begründen, wenn die andere Partei dies verlangt (Art. 337 Abs. 1 OR). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet der Richter nach seinem Ermessen, darf aber in keinem Fall die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers als wichtigen Grund anerkennen (Art. 337 Abs. 3 OR). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung rechtfertigt nur eine besonders schwere Verfehlung der anderen Partei eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Wiegt die Verfehlung weniger schwer, kann sie nur eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses zur Folge haben, wenn sie trotz Verwarnung wiederholt erfolgte. Eine fristlose Entlassung kann trotz Verwarnung ungerechtfertigt sein, namentlich wenn diese ein anderes Verhalten betraf oder unklar war. (Manfred Rehbinder/Wolfgang Portmann, a.a.O., N 2 zur Art. 337 OR mit Hinweis auf BGE 127 III 313 und BGE 127 III 159). Die fristlose Kündigung muss ohne Verzug nach Kenntnis des massgeblichen wichtigen Grundes erklärt werden, andernfalls die Befugnis zur ausserordentlichen Kündigung in Bezug auf den massgeblichen wichtigen Grund verwirkt ist. Wer in Kenntnis des wichtigen Grundes mit der fristlosen Kündigung länger zuwartet, gibt damit zu erkennen, dass ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht unzumutbar ist. In der Regel dürfte die Überlegungsfrist 1 – 2 Tage betragen, ausnahmsweise auch etwas mehr, zum Beispiel bei arbeitsfreiem Wochenende oder längeren Feiertagen. Bei grösseren Betrieben mit komplizierteren

Entscheidungsstrukturen kann die erforderliche Willensbildung bis zu einer Woche betragen. Die Überlegungsfrist beginnt mit dem Zeitpunkt, an welchem der Kündigende vom Vorliegen des wichtigen Grundes sichere Kenntnis erhält oder bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt durch Abklärung hätte Kenntnis erlangen können (Adrian Staehelin/Frank Vischer, Zürcher

#### **E. 11**

Kommentar, a.a.O., N 35 zu Art. 337 OR mit weiteren Hinweisen; Manfred Rehbin- der, Berner Kommentar, a.a.O., N 16 zu Art. 337 OR). c) Die Arbeitgeberin wirft dem Arbeitnehmer vor, er habe am 30. Januar 2003 grundlos die Arbeit verweigert und sei trotz ausdrücklicher Aufforderung auch am 31. Januar 2003 nicht zur Arbeit erschienen. Dieser Vorwurf zielt ins Leere, zu- mal Z. nach der Einschätzung von Dr. med. F. schon zwei Tage vor der Spitalein- weisung vom 1. Februar 2003 akut krank gewesen ist (vgl. Erw. 1.c) . Das Fehlen am Arbeitsplatz an den besagten zwei Tagen ist demnach als unverschul- dete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung im Sinne von Art. 337 Abs. 3 OR zu qualifizieren und stellt keinen Grund für eine fristlose Entlassung dar. Als weitere Gründe für die fristlose Entlassung gibt die Berufungsklägerin an, Z. sei alkoholabhängig und habe während der Arbeitszeit Alkohol und Drogen konsumiert. Der Arbeitnehmer sei deshalb mehrfach schriftlich verwarnet worden. Im Wiederho- lungsfall sei ihm die fristlose Kündigung angedroht worden. Trotzdem habe der Be- rufungsbeklagte weiterhin Alkohol und Drogen am Arbeitsplatz konsumiert. Zudem habe der Arbeitnehmer trotz Verwarnung seine Arbeitsstunden nicht wahrheitsge- treu in den Stundenblättern eingetragen sowie ohne Einwilligung des Shopmana- gers Fr. 300.-- aus der Kasse entwendet. Es trifft zu, dass die Berufungsklägerin den Berufungsbeklagten mehrfach verwarnet hat. So wurde Z. am 7. August 2002 in einem als „Verwarnung“ betitelten Schreiben darauf hingewiesen, dass der Konsum von Alkohol und das Kiffen während der Arbeitszeit sowie die Entwendung von Wa- ren und Geld untersagt seien. Zudem wurde er darauf aufmerksam gemacht, dass die Arbeitsstunden in den Rapporten zu erfassen seien und letztere jeweils am Sonntagabend abzugeben seien. Am 24. September 2002 wurde Z. schriftlich ver- warnet, weil er ohne den Geschäftsführer zu informieren, am Morgen desselben Ta- ges das Geschäft geschlossen hatte. Ausserdem wurde er aufgefordert, die geleis- teten Stunden in den Stundenblättern einzutragen. Bei erneuten Verfehlungen die- ser Art wurde ihm die fristlose Kündigung angedroht. Am 25. September 2002 wurde Z. erneut von der Arbeitgeberin verwarnet, weil er das Überwachungssystem verstellt und den Merktzettel entfernt hatte, worauf stand, die Einstellungen der Kameras und der Monitore dürften nur vom Shopmanager geändert werden. Offensichtlich war es der Arbeitgeberin seit längerem bekannt, dass der Arbeitnehmer Alkohol während der Arbeitszeit konsumierte, die Arbeitsstunden nicht korrekt in den Stundenblättern eintrug, das Geschäft eigenmächtig geschlossen und Fr. 300.-- aus der Kasse ent- wendet hatte. Ob diese Vorfälle sich auch entsprechend den Schilderungen der Ar- beitnehmerin ereignet haben, kann an dieser Stelle offen gelassen werden. Ent- scheidend ist die Tatsache, dass diese Zustände toleriert wurden, ohne dass des-

#### **E. 12**

wegen eine fristlose Entlassung ausgesprochen wurde. Wie bereits ausgeführt, muss die fristlose Kündigung ohne Verzug nach Kenntnis des massgeblichen wich- tigen Grundes erklärt werden, andernfalls die Befugnis zur ausserordentlichen Kün- digung in Bezug auf den massgeblichen wichtigen Grund verwirkt ist. Wer in Kennt- nis des wichtigen Grundes

mit der fristlosen Kündigung länger zuwartet, gibt damit zu erkennen, dass ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht unzumutbar ist. Grund für die fristlose Entlassung vom 31. Januar 2003 gab nicht etwa eine erneute Verfehlung des Arbeitnehmers, wie zum Beispiel Alkohol- oder Drogenkonsum, sondern die Tatsache, dass der Arbeitnehmer krankheitsbedingt am 30. und am 31. Januar 2003 nicht zur Arbeit erschienen war. Wie vorstehend erörtert, ist das Fehlen am Arbeitsplatz an den besagten zwei Tagen als unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung im Sinne von Art. 337 Abs. 3 OR zu qualifizieren und stellt keinen Grund für eine fristlose Entlassung dar. Bleibt einzig noch zu prüfen, ob der Berufungsbeklagte wenige Tage vor dem 31. Januar 2003 Grund für eine fristlose Entlassung gegeben hat. Diese Frage ist zu verneinen, zumal die Arbeitgeberin diesbezüglich nichts geltend gemacht hat und auch den Akten keine entsprechenden Anhaltspunkte entnommen werden können. Im Resultat kann somit festgehalten werden, dass die Berufungsklägerin den Berufungsbeklagten ohne wichtigen Grund fristlos entlassen hat. Die fristlose Entlassung ist demnach ungerechtfertigt im Sinne von Art. 337 Abs. 3 OR. Die Berufung ist demnach in diesem Punkt abzuweisen.

4. a) Entlässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund, so hat dieser Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre. Zudem kann der Richter den Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, die er nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt; diese Entschädigung darf jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen (Art. 337c Abs. 1 und 3 OR). b) Die Vorinstanz hat im vorliegenden Fall zu Recht dem Arbeitnehmer nach Massgabe des Arbeitsvertrages vom 29. Oktober 2002 zwei Monatslöhne in der Höhe von je brutto Fr. 3'200.-- zuzüglich Zins zugesprochen. Die ordentliche Kündigungsfrist wäre Ende März 2003 abgelaufen, da die Kündigung am 31. Januar 2003 ausgesprochen worden ist (vgl. Ziff. 9 des Arbeitsvertrages, kB 6). Von diesem Betrag wurden Fr. 300.-- abgezogen, weil der Arbeitnehmer offenbar diesen Betrag aus der Ladenkasse entnommen hatte, ohne ihn je zu erstatten. Zudem wurde die

### **E. 13**

Arbeitgeberin verpflichtet, dem Arbeitnehmer gestützt auf Art. 337c Abs. 3 OR eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 1'000.-- zu entrichten. Gesamthaft wurde die X. somit verpflichtet, dem Arbeitnehmer brutto Fr. 7'100.--, zuzüglich Zins von 5% seit dem 1. Februar 2000, zu bezahlen. Z. hat gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel erhoben, weshalb an dieser Stelle weder der Umstand, dass die Verrechnungsforderung der Arbeitgeberin im Umfang von Fr. 300.-- berücksichtigt wurde, noch eine Erhöhung der Entschädigung zu überprüfen sind. Die Berufungsklägerin beanstandet indessen die dem Berufungsbeklagten zugesprochene Entschädigung in der Höhe von Fr. 1'000.--, zumal ihr keine Persönlichkeitsverletzung angelastet werden könne. Diese Rüge ist unbegründet. c) Die Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR hat sowohl Strafcharakter als auch Genugtuungsfunktion und soll die durch ungerechtfertigte fristlose Kündigung erlittene Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers abgelden (BGE 123 III 391 E. 3c). 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 mit Hinweisen; Manfred Rehbinder, Berner Kommentar, a.a.O., N 9 zu Art. 337c OR). Die Höhe der Entschädigung wird vom

Sachgericht nach pflicht- gemässigem Ermessen auf Grund der Umstände des Einzelfalles festgesetzt (BGE 123 III 246 E. 6a). Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts ist bei un- gerechtfertigter fristloser Entlassung in aller Regel eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR geschuldet; es darf nur in Ausnahmefällen von der Zusprechung einer solchen Entschädigung abgesehen werden (BGE 121 III 64, E. 3c; BGE 116 II 300; PKG 1991 Nr. 7, je mit Hinweisen). Eine Entschädigung ist nur zu verweigern, wenn ausserordentliche Umstände vorliegen, die trotz ungerechtfertigter fristloser Kündigung keine Strafzahlung zu Lasten des Arbeitgebers rechtfertigen (BGE 121 III 64 E. 3c). Solche Umstände können insbesondere darin liegen, dass der Arbeitgeber rasch entscheiden musste und den Sachverhalt deshalb nicht vollständig kennen konnte (BGE 123 III 86). d) Der Arbeitgeberin muss im Zusammenhang mit der fristlosen Entlassung vorgeworfen werden, dass sie den Sachverhalt nicht richtig abgeklärt hat und der Aussage des Arbeitnehmers, es sei ihm schlecht, keinen Glauben geschenkt hat. Das krankheitsbedingte Fehlen des Mitarbeiters am Arbeitsplatz wurde in der Folge von der Arbeitgeberin zu Unrecht als Entlassungsgrund angerufen. Die ungerechtfertigte fristlose Entlassung führte nach Angaben des Berufungsbeklagten

#### **E. 14**

dazu, dass er in der bereits angelaufenen Hochsaison keine neue Arbeitsstelle mehr fand. Dieser Umstand habe ihn sehr belastet. Andererseits gilt es zu berücksichtigen, dass es der Arbeitnehmer in Verletzung seiner Treu- und Sorgfaltspflicht unterlassen hat, die Berufungsklägerin umgehend über seine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit zu informieren (vgl. dazu Adrian Staehelin/Frank Vischer, Zürcher Kommentar, a.a.O., N 12 zu Art. 321a OR). Kommt hinzu, dass das Verhalten des Arbeitnehmers während seiner Anstellungszeit zu wiederholten Beanstandungen Anlass gegeben hat. Dies zeigen nicht zuletzt die mehrfachen Verwarnungen, die ausgesprochen wurden. Beachtet man im Weiteren, dass das Arbeitsverhältnis rund zwei Jahre gedauert hat, so erscheint die von der Vorinstanz zugesprochene Entschädigung in der Höhe von Fr. 1'000.-- als angemessen. Die Berufung ist somit auch in diesem Punkt abzuweisen. 5. Wie schon für das erstinstanzliche Verfahren dürfen den Parteien nach der Vorschrift von Art. 343 Abs. 3 OR auch für das Berufungsverfahren keine Kosten auferlegt werden. Mit Bezug auf die aussergerichtlichen Kosten ist davon auszugehen, dass die Berufungsklägerin mit ihren Begehren unterlegen und folglich zu verpflichten ist, den Berufungsbeklagten auch für das zweitinstanzliche Verfahren angemessen zu entschädigen. Da dem Berufungsbeklagten durch Verfügung des Kantonsgerichtspräsidenten vom 17. September 2004 die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 45 Abs. 1 /Art. 46 ZPO erteilt wurde, hat der Kanton Graubünden für die Kosten der Rechtsvertretung einzustehen. Nachdem dem Berufungsbeklagten auch für das Berufungsverfahren eine aussergerichtliche Entschädigung zugesprochen wurde, hat der Kanton Graubünden diese Kosten allerdings nur insoweit zu tragen, als die zugesprochene Entschädigung uneinbringlich ist. Die Rückforderung der geleisteten Kostenhilfe im Sinne von Art. 45 Abs. 2 ZPO bleibt vorbehalten.

#### **E. 15**

Demnach erkennt die Zivilkammer :

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