

# GR\_GERICHTE ZK2 2022 33 vom 8. März 2023

GR Gerichte, 2023-03-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK2 2022 33](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2022_33)

FR: GR\_GERICHTE ZK2 2022 33 du 8 mars 2023

IT: GR\_GERICHTE ZK2 2022 33 del 8 marzo 2023

## Regeste

Forderung aus Arbeitsvertrag | Berufung OR Arbeitsvertrag

## Erwägungen

### E. 5

/ 20 weitere Informationen der Parteien zu Besonderheiten des Falles und angesichts des Monatssalärs des Berufungsklägers ohne 13. Monatslohn und Zulagen von unter CHF 6'000.00 war das ohne Weiteres vertretbar. In erster Linie verlangte der Berufungskläger eine gerichtliche Feststellung, die ausgesprochene Kündigung des Arbeitsverhältnisses sei nichtig (Ziffer 1 der Rechtsbegehren). Das ist ebenso wie das Arbeitszeugnis selbstredend ein vermögensrechtlicher Anspruch – wäre es nicht vermögensrechtlich, schliesse das die Anwendung des vereinfachten Verfahrens schon grundsätzlich aus (Art. 243 Abs. 1 ZPO; BGE 142 III 145; OGer ZH PD140014 v. 25.11.2014 E. 3.1 und 3.2). Jedenfalls zu einem guten Teil dürften sich das Begehren auf Feststellung der Nichtigkeit der Kündigung resp. für eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung, was den Streitwert angeht, gegenseitig ausschliessen, und insofern sind diese beiden Positionen nicht zu addieren (Art. 93 Abs. 1 ZPO). Ob das Feststellungsbegehren einen (deutlich) höheren Streitwert hat als die eingeklagte Geldsumme, ist ohne nähere Ausführung der Parteien dazu nicht ohne weiteres zu entscheiden, steht aber jedenfalls nicht sicher fest. Wie gesehen erhob resp. erhebt – soweit ersichtlich – keine Partei eine Einwendung oder eine Rüge in diesem Punkt. Die Parteien können zwar nicht über das anzuwendende Verfahren, wohl aber in einem beschränkten Rahmen über den Streitwert bei nicht frankenmässig bezifferten Begehren disponieren (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Es ist daher gerechtfertigt und angezeigt, die Frage des anwendbaren Verfahrens nicht weiter zu vertiefen und mit dem Regionalgericht anzunehmen, der Streitwert übersteige CHF 15'000.00, nicht aber CHF 30'000.00. 2.1. Wenn das Verfahren wie hier dem Verhandlungs- (Art. 55 Abs. 1 ZPO) und dem Dispositionsgrundsatz (Art. 58 Abs. 1 ZPO) untersteht, was auch im Bereich der sogenannten sozialen Untersuchungsmaxime zutrifft, ist die Berufung keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens. Sie dient vielmehr der Überprüfung des angefochtenen Entscheides und des Verfahrens der ersten Instanz (Art. 310 ZPO). Es obliegt den Parteien, geltend gemachte Mängel aufzuzeigen. Die das Rechtmittel führende Partei hat den geltend gemachten Fehler aufzuzeigen, und zwar nicht nur allgemein, sondern so präzise, dass es die Berufungsinstanz ohne Mühe verstehen kann. Sie darf nicht einfach auf Vorbringen in erster Instanz verweisen, sondern muss sowohl die Passagen im angefochtenen Urteil als auch die angerufenen Aktenstücke genau bezeichnen. Das Bundesgericht formuliert es im grundlegenden Urteil so: (von der Partei werde verlangt) "de motiver son appel (art. 311 al. 1 CPC), c'est-à-dire de démontrer le caractère erroné de la motivation

### E. 6

/ 20 attaquée. Pour satisfaire à cette exigence, il ne lui suffit cependant pas de renvoyer aux moyens soulevés en première instance, ni de se livrer à des critiques toutes générales de la décision attaquée. Sa motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que le recourant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique". Abgesehen von offensichtlichen Mängeln beschränkt sich die Rechtsmittelinstanz auch bei voller Kognition darauf, die Beanstandungen zu beurteilen, welche die Parteien in ihren schriftlichen Begründungen (Art. 311 Abs. 1 und Art. 312 Abs. 1 ZPO) gegen das erstinstanzliche Urteil erheben – das ist gleichsam das "Prüfprogramm". Das Bundesgericht ist mit den Anforderungen an die Berufung streng: neuestens kritisierte es, das Kantonsgericht hätte in einem Urteil nicht solche Argumente und Behauptungen des Klägers im erstinstanzlichen Verfahren berücksichtigen und würdigen dürfen, welche in der Berufung nicht ausdrücklich wiederholt wurden (BGer 4A\_186/2022 v. 22.8.2022 E. 4.4 mit Bezug auf KGer GR ZK2 21 27 v. 15.3.2022). Soweit die Berufung dem Erfordernis der Begründung genügt, ist das angerufene Gericht nach Art. 57 ZPO dann weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vortragen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 141 III 576 E. 2.3.3). Diese Anforderungen sind immerhin mit Augenmass, nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) zu handhaben. Wenn der Berufung bei loyalen Bemühen zu entnehmen ist, was warum kritisiert werden soll, und wenn das angefochtene Urteil den Punkt nicht besonders eingehend abhandelt, sodass auch ohne das Bezeichnen einzelner Seiten oder Absätze klar wird, was gemeint ist, lässt sich die Kritik häufig ohne Schwierigkeiten ("aisément", sagt das Bundesgericht) verstehen und beurteilen. Jedenfalls dürfen die formellen Anforderungen nicht überspannt oder überspitzt formalistisch angewendet werden. Im Einzelnen lässt sich das freilich nur bei der Diskussion konkreter Kritikpunkte beurteilen. 2.2. In der Berufung sind neue Vorbringen mit wenigen Ausnahmen ausgeschlossen (Art. 317 ZPO). Die Parteien müssen, um den vorstehend genannten Erfordernissen zu genügen, die Voraussetzungen einer der gesetzlichen Ausnahmen begründen. Wenn sie in der Berufung tatsächliche Behauptungen vortragen, die nicht auf den ersten Blick etwas betreffen, wovon schon das erstinstanzliche Gericht ausging, werden sie als neu betrachtet, ohne dass die Berufungsinstanz die erstinstanzlichen Rechtsschriften und Akten darauf hin zu durchsuchen hätte,

## **E. 7**

/ 20 wo die Behauptung allenfalls schon aufgestellt worden sein könnte. Auch neue Beweismittel unterliegen der Noven-Beschränkung. Novenrechtlich unzulässige Vorbringen oder Dokumente sind allerdings nicht nach einem häufig verwendeten Ausdruck in einem physischen Sinn "aus dem Recht zu weisen". Wohl sind sie wie unzulässige neue Behauptungen für die Entscheidung nicht zu beachten. Weil aber eine obere Instanz ihre Zulässigkeit anders beurteilen mag und nur schon aus Gründen der Transparenz und der Vollständigkeit des Dossiers im Sinne einer tatsächlichen Chronologie dürfen sie aus den Akten nicht etwa entfernt und dem Einleger zurückgeschickt werden. Ebenso unrichtig ist die oft anzutreffende Floskel, ein Argument sei "nicht zu hören". Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 53 ZPO) verlangt, dass auch Unzulässiges, Verspätetes oder Ungebührliches (Art. 132 ZPO) "gehört" wird – wie damit umzugehen ist und ob es für die Entscheidungsfindung verwendet werden kann und darf, ist eine andere Frage. 3.1. In erster Linie verlangt der Berufungskläger, die Kündigung sei als nichtig zu erklären (Rechtsbegehren Ziffer 1). Das Regionalgericht weist diesen Antrag ab (Dispositiv Ziff.

1b). Der Berufungskläger müsste nach den vorstehenden Erwägungen also aufzeigen können, dass das falsch ist, und warum. Das gelingt ihm nicht. Die Berufung (act. A.1) listet zunächst zahlreiche tatsächliche Behauptungen auf, ohne einen erkennbaren Bezug zum angefochtenen Urteil herzustellen. Auf S. 7 in Rz. 44 geht der Berufungskläger erstmals auf das angefochtene Urteil ein und kritisiert, dass dieses einen inneren Zusammenhang seiner Stellung und Tätigkeit als Mitglied der Personalkommission und der Kündigung verneine. Als "Fazit" kommt er zum Schluss, dass die Kündigung nichtig sei (Rz. 81). Damit übergeht er die für den angefochtenen Entscheid wesentliche Erwägung des Regionalgerichts, die Nichtigkeit einer Kündigung sei im Obligationenrecht abschliessend geregelt (angefochtenes Urteil E. 3.2.1 am Ende bei und in Fn. 5), und auch nach dem anwendbaren Rahmenvertrag "Firmenarbeitsvertrag/FAV" sei keine Nichtigkeit vorgesehen (E. 3.2.2.1). Dass ein Fall von Art. 336c Abs. 1 und 2 OR vorliege, macht der Berufungskläger richtigerweise nicht geltend. Das schliesst den eventuellen Standpunkt des Berufungsklägers nicht aus, dass die Kündigung missbräuchlich war und er gestützt darauf einen Anspruch im Sinne von Art. 336/336a OR geltend machen kann. Wenn er aber unter diesem Titel erneut und lediglich feststellend ausführt, das Regionalgericht verneine die Nichtigkeit der Kündigung (Rz. 86) und prüfe zu Unrecht deren Missbräuchlichkeit nicht

## **E. 8**

/ 20 (Rz. 87 und dann Rz. 88 ff.), argumentiert er gerade im Bereich von Art. 336/336a OR und nicht im Bereich der Nichtigkeit. Das ist denn auch der Schluss, den er ausdrücklich zieht: er habe eine Entschädigung wegen Missbräuchlichkeit zugute (Rz. 95). Und auch im Abschnitt "6. Schlussbemerkung" (Rz. 185 ff.) kommt der Kläger auf die Voraussetzungen für eine Nichtigkeit der Kündigung nicht zurück. Damit weist der Berufungskläger nicht nach, dass das angefochtene Urteil des Regionalgerichts in diesem Punkt unrichtig ist. Das ist auch keineswegs offensichtlich. Das Obligationenrecht differenziert wie gesehen ausdrücklich zwischen nichtiger und missbräuchlicher Kündigung. Der Rahmenvertrag für die Arbeitsverhältnisse bei der Berufungsbeklagten statuiert zwar ausdrücklich, während und bis zwölf Monate nach der Tätigkeit einer Mitarbeiterin in der Personalkommission "dürfe" keine Kündigung ausgesprochen werden (FAV; RG act. III/2/16 S. 18 Ziff. 3.2.17). Diese Wortwahl lässt allerdings nicht erkennen, ob das eine Nichtigkeit meine (was nach den Erwägungen des Regionalgerichts zum abschliessenden Charakter von Art. 336c OR gar nicht zulässig wäre). Bei einem unbefangenen Verständnis kann das nicht angenommen werden. Das Vertragswerk listet nämlich gewisse Kündigungs-Hindernisse ausdrücklich auf (wobei es unnötiger- und verwirlicherweise zum Teil einfach das Gesetz wiedergibt, aber auch das nicht einmal vollständig), ohne die Rechtsfolge der Nichtigkeit anzuordnen (FAV S. 20 Ziff. 3.3.5). Soweit auf den Punkt der Nichtigkeit wegen der mangelhaften Begründung überhaupt eingetreten werden kann, ist die Berufung abzuweisen. 3.2. Damit steht die Missbräuchlichkeit der Kündigung in Frage. 3.2.1. Sowohl das subsidiär anwendbare Gesetzesrecht (Art. 336 Abs. 2 lit. b OR) als auch der Firmenarbeitsvertrag/FAV (Ziff. 3.2.17) schützen die Mitarbeitenden, welche in einer gewerkschaftlichen Funktion oder in einer Personalkommission tätig sind. Das OR sieht dafür eine Sperrfrist während der Dauer dieser Tätigkeit vor, wogegen der FAV ergänzt, die Kündigungsbeschränkung gelte nur "im Zusammenhang mit dem Mandat und den damit zusammenhängenden Tätigkeiten". Soweit das eine erleichterte Möglichkeit der Kündigung für die Arbeitgeberin bedeuten soll, ist es unwirksam: von Art. 336 Abs. 2 OR darf zu Ungunsten des Arbeitnehmers nicht abgewichen werden (Art. 362 OR). Im Ergebnis dürften die beiden Bestimmungen bis hierher immerhin nicht allzu verschieden sein. Auch

das OR schützt die betroffenen Arbeitnehmenden nicht absolut vor einer Kündigung; es setzt nur, wenn auch immerhin, voraus, dass die Arbeitgeberin einen "begründeten Anlass" zur Kündigung nachweisen kann. Das bedeutet eine Umkehr der

## **E. 9**

/ 20 Beweislast (Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Praxiskommentar Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich 2012, N 12 zu Art. 366 OR). Der Anlass zur Kündigung muss dabei umso schwerer wiegen, als er im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Betroffenen als Personalvertreter steht. Eine solche Tätigkeit kann zwar für den Betroffenen kein Freipass sein und soll eine Kündigung nicht absolut ausschliessen, doch ist ein strenger Massstab angezeigt, damit die Arbeitgeberin nicht ihr unliebsame Personalvertreter, welche sich in dieser Funktion exponieren, allzu leicht aus dem Betrieb entfernen kann. Eine weitere Differenz besteht allerdings zwischen OR und FAV: nach dem subsidiären Recht genügt wie soeben gesehen ein "begründeter Anlass", wogegen der FAV die Kündigung einzig "aus wichtigen Gründen" gelten lässt. Nach beiden Seiten zwingend ist nun lediglich Art. 336 Abs. 1 OR (Art. 361 OR). Vom hier in Frage stehenden Art. 336 Abs. 2 OR darf nur nicht zu Ungunsten der Arbeitnehmenden abgewichen werden (Art. 362 OR). Die Verschärfung des Kündigungsschutzes durch den FAV ist also zulässig, und die Kündigung gegenüber einem Mitglied der Personalkommission ist der Berufungsklagten damit nur aus wichtigem Grund erlaubt. Damit wird das Verhältnis der beiden Elemente kritisch: gilt das Erfordernis des wichtigen Grundes nur dann, wenn die betroffene Person sich im Rahmen der Tätigkeit in der Personalkommission exponiert hat, oder hat sie aufgrund der Bestimmung im FAV generell einen verstärkten Kündigungsschutz? Der FAV ist dazu nicht wirklich klar. Dass der Vorbehalt der wichtigen Gründe im Absatz über einer Kündigung "im Zusammenhang mit dem Mandat" steht, spricht für seine Anwendung nur in einem solchen Fall. Die Einschränkung des (generellen) Schutzes auf die Tätigkeit "im Zusammenhang..." ist allerdings wie gesehen nicht zulässig. Nach dem ersten Absatz der Bestimmung sollen Mitglieder der Personalkommission generell "vor Benachteiligungen geschützt" werden. Und die vorgängige Anhörung gemäss Abs. 3 der Bestimmung bezieht sich ebenfalls nur auf die formelle Stellung des oder der Betroffenen und differenziert nicht danach, ob der Kündigungsgrund im Zusammenhang mit dem Mandat steht. Nach dem vorstehend verlangten strengen Massstab und damit der Schutz der Mitglieder der Personalkommission auch wirklich ein effektiver Schutz bleibt und nicht unterlaufen werden kann, ist die Bestimmung des FAV daher so zu lesen, dass Mitgliedern der Personalkommission aus wichtigen Gründen zwar auch während ihres Mandates gekündigt werden kann, dass dabei aber wie für den "begründeten Anlass" des subsidiären Gesetzesrechts (Art. 336 Abs. 2 lit. b OR) nicht danach zu differenzieren

## **E. 10**

/ 20 ren ist, ob dieser wichtige Grund in der Tätigkeit des zu Kündenden in der Personalkommission oder in einem anderen Bereich liegt. 3.2.2. Damit kommt es für die Auseinandersetzung der Parteien nicht darauf an, ob der Grund für die streitige Kündigung gegenüber dem Berufungskläger in dessen Tätigkeit für die Personalkommission lag. Im Sinne einer umfassenden Beurteilung der Situation ist es gleichwohl zu prüfen: Das Regionalgericht erwägt, die Personalkommission habe genau definierte Aufgaben zu erfüllen, und das namentlich als Kommission. Es zählt diese Aufgaben auf, wie sie der FAV nennt, und hebt hervor, dass das von den Aufgaben der Gewerkschaft abzugrenzen sei.

Ausgenommen seien Fragen zum Anstellungsreglement und zum Gehaltsmanagement. Damit gehöre die korrekte Zeiterfassung in den Zuständigkeitsbereich der Gewerkschaft, und nicht der Personalkommission – was sich auch aus konkreten Protokollen der Personalkommission ergebe, wo darauf hingewiesen wurde, die Gewerkschaft befasse sich mit dem Problem. Auch wenn sich die Personalkommission mit der Zeiterfassung hätte befassen können oder müssen, wäre es auf jeden Fall sie als Gremium gewesen und nicht der Berufungskläger (allein); aus den vorhandenen Protokollen der Kommission gehe nun nicht hervor, dass diese den Punkt aufgegriffen und den Berufungskläger mit entsprechenden Schritten beauftragt oder betraut hätte. Darum habe er als Einzelperson gehandelt (E. 3.2.2.2). Der Berufungskläger bestreitet diese Erwägungen. Er habe sich erst nach der Wahl in die Personalkommission mit dem Problem der Zeiterfassung befasst. Er habe nachgewiesen, dass diese bei der Berufungsbeklagten mangelhaft war. Die Personalkommission habe das bereits am 13. März 2019 moniert, und die Berufungsbeklagte habe es in der Mitteilung an das Personal zugeben müssen. Dabei sei es nicht um einzelne Arbeitsverhältnisse gegangen, sondern um einen grundsätzlichen Missstand (im Einzelnen act. A.1 Rz. 43 ff.). Das widerlegt die Erwägungen des Regionalgerichts nicht. Insbesondere der Hinweis des Berufungsklägers auf eine Intervention der Personalkommission vom 13. März 2019 (act. A.1 Rz. 52) ist nicht mit einem Aktenzitat aus dem erstinstanzlichen Verfahren belegt und muss daher als neu und unzulässig gelten (vorstehend E. 2.2). Auch in der Mitteilung der Berufungsbeklagten von Ende Juni 2020, auf welche sich der Berufungskläger bezieht (act. A.1 Rz. 52; RG act. III/21) heisst es, "ein Mitarbeitender" habe auf Mängel der Zeiterfassung hingewiesen, und man sei dem in Zusammenarbeit mit der Gewerkschaft nachgegangen. Für Rückfragen wurden die Mitarbeitenden an Personen aus der Administration der Berufungsbe-

## **E. 11**

/ 20 klagten und der Gewerkschaft SEV verwiesen (a.a.O., namentlich auch S. 2 unten). Das schliesst die Darstellung des Berufungsklägers keineswegs aus, der Anstoss sei von der Personalkommission ausgegangen, belegt sie aber jedenfalls nicht. Die Überlegung des Regionalgerichts, die Zeiterfassung betreffe die Arbeitsverhältnisse und falle daher nicht in den Bereich der Personalkommission, bleibt plausibel. Insbesondere ist das Argument des Berufungsklägers nicht überzeugend, es sei nicht (nur) um einzelne Mitarbeitende gegangen, weil ein Fehler der Zeiterfassung alle betreffe – das ist sicher richtig, nur befassen sich Gewerkschaften zwar falls nötig mit den Problemen ihrer einzelnen Mitglieder, aber gerade auch mit grundsätzlichen Missständen, welche mehrere oder eben alle Mitarbeitenden betreffen. Mit dem Regionalgericht ist daher davon auszugehen, dass die Intervention des Berufungsklägers mit Bezug auf die Zeiterfassung auf seiner eigenen und persönlichen Initiative beruhte, und nicht auf seiner Mitgliedschaft in der Personalkommission. Wie gesehen hat das auf den Entscheid über die Gültigkeit oder Missbräuchlichkeit der Kündigung keinen Einfluss, weil der Berufungskläger in seiner Eigenschaft als Mitglied der Personalkommission an sich und nicht nur für seine Tätigkeit in Ausübung seiner Rechte und Pflichten als Mitglied der Kommission besonders geschützt war. Der Punkt zeigt allerdings auch, dass die Abgrenzung dieser beiden Bereiche schwierig ist und im Grunde fast etwas künstlich anmutet. Es bestätigt die innere Richtigkeit der vorstehend gefundenen Auslegung: dass der Kündigungsschutz unabhängig davon gilt, ob die Arbeitgeberin einem Mitglied der Personalkommission aus Gründen kündigt, welche spezifisch Aufgaben und Tätigkeit der Kommission betreffen. 3.2.3. Damit ist zu fragen, ob die Kündigung nicht nur aus "begründetem Anlass", sondern "aus

wichtigem Grund" erfolgte. Das Regionalgericht hat das so nicht speziell untersucht, da es nach seiner Rechtsauffassung nur auf das erste ankam. Der Punkt ist aber nach den für das Arbeitsverhältnis des Berufungsklägers und damit für die Kündigung massgebenden Bestimmungen (vorstehend E. 3.2.1) von zentraler Bedeutung, und beide Parteien befassten sich in erster und zweiter Instanz eingehend mit diesen Grundlagen. Er ist als Rechtsfrage von Amtes wegen zu klären (Art. 57 ZPO). Die anwaltlich vertretenen Parteien konnten sich im Rahmen der Eventualmaxime (dazu nur Miguel Sogo/Georg Naegeli, in Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar zur ZPO, 3. Aufl., Zürich 2021, N 1 zu Art. 229 ZPO m.w.H.) dazu äussern. Es besteht kein Grund, im Berufungsverfahren einen Schriftenwechsel dazu anzuordnen, um namentlich die Berufungsbe-

## **E. 12**

/ 20 klagte zu ergänzenden Ausführungen zu veranlassen (das könnte das Gericht vielmehr dem Verdacht der Parteilichkeit aussetzen; vgl. BGer 5A\_705/2013 v. 29.7.2014). 3.2.3.1. Ein wichtiger Grund zur Kündigung setzt voraus, dass der kündigenden Seite die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben objektiv und subjektiv nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR), was das Gericht nach Ermessen, also "nach Recht und Billigkeit" (Art. 4 ZGB) beurteilt. Abgesehen von wenigen Bestimmungen (Art. 337 Abs. 3 OR: nicht die unverschuldete Verhinderung an der Arbeitsleitung; Art. 337a OR: Lohngefährdung ist ein Grund; Art. 346 Abs. 2 OR beim Lehrvertrag: es qualifizieren die Unfähigkeit/Ungeeignetheit sowohl der lehrenden als auch der auszubildenden Person), gibt das Gesetz selber kaum Anhaltspunkte zur Konkretisierung der angesichts der mitunter einschneidenden Folgen etwas wenig bestimmten Begriffe. Es hat sich aber eine reiche Praxis namentlich des Bundesgerichts gebildet, ausführlich referiert bei Wolfgang Portmann/Roger Rudolph, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Kommentar zum OR I, 7. Aufl., Basel 2020, N 18 ff. zu Art. 337 OR, und bei Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich 2012, N 2 ff. zu Art. 337 OR. Hervorzuheben ist der Ausnahmecharakter der fristlosen Kündigung, welche das letzte Mittel bleiben muss (instruktiv BGE 129 III 80 E. 2 und 3: das Liebesverhältnis einer Angestellten mit dem Ehemann der einzigen Aktionärin machte es für die Arbeitgeberin-AG nicht unzumutbar, den Vertrag ordentlich aufzulösen; BGer 4C.154/2006 v. 26.6.2006 E. 2, gegenüber anderen Urteilen besonders restriktiv: eine grobe und herabwürdigende Beleidigung der Angestellten berechtigte diese nicht zur fristlosen Kündigung; ferner BGE 116 II 142, 130 III 28). Auch minder schwerwiegende Gründe können in der Summe eine fristlose Entlassung rechtfertigen, aber nur dann, wenn sie trotz Verwarnung und wiederholt erfolgen (BGE 127 III 313). Die kündigende Seite muss die (in dieser Hinsicht subjektive) Unzumutbarkeit auch damit belegen, dass sie nach dem Vorfall, den sie zum Anlass der Kündigung nimmt, unverzüglich handeln muss, grundsätzlich innert zwei oder drei Arbeitstagen (BGE 123 III 86 E. 2b; BGE 130 III 28 E. 4.4). Nach diesen Kriterien ist der dem Kantonsgericht vorgelegte Sachverhalt zu würdigen: 3.2.3.2. Das Regionalgericht geht namentlich aufgrund der Einvernahmen des Berufungsklägers, von D.\_\_\_\_\_ (Betriebsleiter bei der Berufungsbeklagten), E.\_\_\_\_\_ (zu seiner Stellung im Betrieb vom Gericht nicht befragt) und F.\_\_\_\_\_ (Leiterin Finanzen und Personal bei der Berufungsbeklagten) davon aus, der Berufungskläger habe der Berufungsbeklagten wiederholt betriebliche Unzulänglichkeiten

## **E. 13**

/ 20 vorgeworfen: eine nicht behindertengerechte Gestaltung des öffentlichen Verkehrs und eine nicht korrekte Erfassung der Arbeitszeit. Er habe eine Dienstaufsichtsbeschwerde eingereicht und sich dabei drastisch ausgedrückt: "digitale Geister und andere Blamagen" – "vorsätzliche Falschaussagen" – "vorsätzliche Verschwendung" – "fehlerhafte Kommunikation". Er habe sich gar an aussenstehende Stellen, die G.\_\_\_\_\_ und das Bundesamt für Verkehr, gewendet. Das seien Aktivitäten gegen die Interessen des Betriebs gewesen, welche geeignet gewesen seien, das Vertrauensverhältnis zu zerstören. Die Berufungsbeklagte habe das Gespräch mit dem Berufungskläger gesucht, seine Vorwürfe am 16. September 2019 zurückgewiesen und ihm erklärt, sie behalte sich eine Kündigung vor (RG act. III/2/2), ohne dass er sein Verhalten geändert habe. Vielmehr habe er am 27. November 2019 erneut Vorwürfe erhoben und um das Erstellen korrekter Lohnscheine ersucht. Dabei habe er gesagt, die Berufungsbeklagte habe durch das falsche Erfassen der Arbeitszeit den Angestellten Lohn und dem Kanton und der Stadt Steuern und Sozialabgaben vorenthalten; sie sei eine "Wiederholungstäterin". Das habe berechtigterweise zur Kündigung geführt (angefochtenes Urteil S. 16 ff.). Der Berufungskläger bestreitet die Berechtigung der Berufungsbeklagten zu einer Kündigung; insbesondere legt er Wert darauf, dass die Zwischenzeugnisse gut ausgefallen seien, und dass am Ende festgestellt worden sei, dass die Zeiterfassung mangelhaft gewesen sei (act. A.1 Rz. 111 ff.). Die Berufungsbeklagte hält den Entscheid für richtig. Das von einem tiefen Misstrauen geprägte Verhalten des Berufungsklägers und seine wiederholten Treupflichtverletzungen seien der Grund für die Kündigung gewesen. Insbesondere habe die letzte Mitarbeiterbeurteilung am 11. März 2020 stattgefunden (RG act. II/15), und noch am 13. Mai 2020 habe der Berufungskläger sich wegen der Zeiterfassung an die G.\_\_\_\_\_ gewendet (RG act. II/32). Das Verhalten des Berufungsklägers hätte auch eine fristlose Kündigung legitimiert (im Einzelnen act. A.2 passim, besonders Rz. 90 ff.).

3.2.3.3. Der Berufungskläger hat zugegebenermassen wiederholt und teils mit drastischen Worten die Berufungsbeklagte kritisiert. Diese stellt aber nicht in Abrede, dass es dabei um die Sache ging, und dass der Berufungskläger keine eigenen Vorteile anstrebte. Er hatte nach der Beurteilung durch die Arbeitgeberin als Chauffeur "einen sehr guten Job gemacht" (D.\_\_\_\_\_, RG act. VII/4 S. 2: "als Chauffeur einen sehr guten Job gemacht"; E.\_\_\_\_\_ RG act. VII/5 S. 3 oben). Mängel bei der Erfassung der Arbeitszeit bestanden tatsächlich, die Berufungsbeklagte hat das eingestanden (RG act. III/21). Sein Vorgesetzter H.\_\_\_\_\_ hatte ihn nach einer Reklamation zwar gebeten, ihn nicht spät abends zu Hause anzurufen, aber er hatte ihn ermuntert: "sei ruhig achtsam und helfe weiterhin mit, Fehler zu

#### **E. 14**

/ 20 beheben, versuch Dich damit nicht zu sehr zu belasten" (RG act. III/7, fett gedruckter Teil). Im April 2019 wurde er hoch gelobt und erhielt er eine Prämie von CHF 1'000.00 (RG act. II/7). Die Mitarbeiterbeurteilung für 2018 lautete "A – wow/weit übertroffen" (RG act. II/13). Am 5. März 2020 schrieb ein(e) I.\_\_\_\_\_ dem Kläger, was für offenbar von ihm angeregte Massnahmen zur Verbesserung der Sicherheit geplant und wann sie umgesetzt würden (RG act. II/57). Dass ein Mitarbeitender gute Arbeit leistet, legitimiert ihn nicht zu groben Vorwürfen und zu grundsätzlich misstrauischem Verhalten gegenüber dem Betrieb. Es vermag das letztere aber zu relativieren, wenn es nicht ein schlechthin untolerierbares Niveau erreicht – und das war hier nicht der Fall. Die Vorgesetzten und die Mitarbeitenden der Administration ärgerten sich offenbar über die aus ihrer Sicht lästigen Demarchen des Berufungsklägers und empfanden sie mit der Zeit als "zermürbend" (RG

act. VII/6 S. 7), waren sich aber offenbar im Klaren, dass das nicht aus Bosheit geschah (RG act. III/7: "seine Art ähnelt stalking" – "ich kann mir nicht erklären, wie der Typ eine Stunde erzählen kann von komplizierten Abläufen" – "dass effektiv Burnout zu erwarten ist..."). In den Befragungen durch das Regionalgericht wurde deutlich, dass die ausserbetrieblichen Erkundigungen des Berufungsklägers zur Arbeitszeiterfassung konkreter Anlass zur Kündigung waren (an- gefochtenes Urteil S. 17 f.). Daran ist bemerkenswert, dass sich die Organe der Berufungsbeklagten also besonders am Vorgehen des Berufungsklägers in einem Punkt stiessen, in welchem sie seine Kritik mindestens grundsätzlich anerkennen mussten (RG act. III/21). So menschlich verständlich diese Reaktion ist, kann sie doch eine fristlose Kündigung nicht tragen. Von der Sache her war für die Kündigung kein wichtiger Grund gegeben. Es kommt dazu, dass die Berufungsbeklagte zwar in ihrem Schreiben vom 16. September 2019 (RG act. III/2/2) die Art und das Vorgehen des Berufungsklägers kritisiert und ihm die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nahegelegt resp. ange- droht hatte. Am 17. Februar 2020 hatte sie ihm gegenüber dann weitere Punkte der Kritik zurückgewiesen, aber ohne eine Kündigung zu erwähnen (RG act. II/31). Die Mitarbeiterbeurteilung vom 11. März 2020 war positiv ("sehr gut erfüllt"). Das betraf zwar in erster Linie die Arbeit als Chauffeur, aber es gibt dort auch eine ganze Seite zum "persönlichen Verhalten", wo keine Kritik angebracht wurde (RG act. II/15). Wie erwogen waren die ausserbetrieblichen Erkundigungen des Berufungsklägers zur Erfassung der Arbeitszeit keine schwer wiegende Unkorrektheit. Unter diesen Umständen konnte seine Anfrage bei der G.\_\_\_\_\_ vom 13. Mai 2020 (RG act. II/32) die fristlose Kündigung vom 20. Mai 2020 nicht legitimieren; die Personalverantwortliche der Berufungsbeklagten ging denn auch selber davon

## **E. 15**

/ 20 aus, es sei eine "ordentliche" Kündigung erfolgt (RG act. VII/6 S. 10 bei Ziff. 30 am Ende). Damit war die Kündigung nicht zulässig und im Sinne des Gesetzes missbräuchlich. 3.2.4. Die Folge einer missbräuchlichen Kündigung ist der Anspruch der verletz- ten Seite auf eine Entschädigung. Sie wird nach Ermessen festgesetzt (Art. 4 ZGB) und darf den Lohn für sechs Monate nicht übersteigen (Art. 336a Abs. 2 OR). Der Berufungskläger beansprucht eine Entschädigung von CHF 25'859.90, was vier Monatslöhnen à CHF 6'464.95 entspricht (act. A.1 Rz. 147). Die Berufungsbe- klagte bestreitet vorweg die Höhe dieses Monatslohnes, den sie auf "maximal" CHF 6'136.25 beziffert (act. A.2 Rz. 155). Richtig ist, dass der Berufungskläger nicht nachweist, wo er in erster Instanz einen Brutto-Jahreslohn von zuletzt CHF 77'579.20 behauptete und nachwies. Die in der Berufung genannte Aufstellung RG act. II/50 gibt den Lohn für das Jahr 2019 an, und was für Sonder- Vergütungen im Jahr 2020 bis zur Kündigung anfielen, bleibt unklar. Angegeben ist für 2019 ein Bruttolohn von zuerst CHF 5'620.00, ab April CHF 5'685.00. Im April erhielt der Berufungskläger eine "Wow-Prämie" von CHF 1'000.00, und im November wurden unter dem Titel "13. Monatslohn" CHF 5'668.75 ausbezahlt. Das sind für das ganze Jahr brutto CHF 74'693.75 oder pro Monat CHF 6'224.00. Die Höhe der Entschädigung kann demnach nach Art. 336a Abs. 2 OR höchstens CHF 37'344.00 (sechs Monate) betragen, aus prozessualen Gründen (Art. 58 Abs. 1 ZPO und Art. 317 Abs. 2 ZPO) nicht mehr als der Berufungskläger in erster In- stanz verlangte: CHF 25'634.00 (RG act. I/1 Rz. 62). Dabei ist klarzustellen, dass nach dem Gesetz eine Entschädigung festzusetzen ist, ohne dass der Berechtigte besonders einschneidende Folgen der unzulässigen Kündigung behaupten und beweisen muss. Solche Folgen und alle anderen Umstände beeinflussen aber immerhin die Höhe des festzusetzenden Betrages. Der

Berufungskläger findet, die Höhe der Strafzahlung müsse berücksichtigen, dass er Mitglied der Personalkommission gewesen sei (act. A.1 Rz. 149). Das wurde aber bereits als Element der Missbräuchlichkeit der Kündigung entscheidend berücksichtigt und kann daher kein zweites Mal verwertet werden. Dass er als Folge der Freistellung seinen Schlüssel abgeben musste (act. A.1 Rz. 150), kann nicht als (zusätzliches) Problem betrachtet werden. Wenn er nicht mehr arbeitete, brauchte er keinen Schlüssel mehr. Es trifft auch nicht zu, dass die Beru-

#### **E. 16**

/ 20 fungsbeklagte dem Berufungskläger sozusagen aus heiterem Himmel kündigte (act. A.1 Rz. 151). Richtig ist, dass die letzte Mitarbeiterbeurteilung gut ausfiel – das muss sich die Berufungsbeklagte bei der Frage des "wichtigen Grundes" vorhalten lassen. Die schriftliche Verwarnung und Kündigungsandrohung vom September 2019 (RG act. III/2/2) wurde damit relativiert, aber nicht ungeschehen gemacht. Richtig ist, dass der Berufungskläger wie vorstehend erwogen ein ausgezeichnete Chauffeur war, der sogar eine "Wow-Prämie" erhalten und seine Arbeit während vieler Jahre zuverlässig erbracht hatte (act. A.1 Rz. 152). Eine Verletzung der Fürsorgepflicht, wie sie der Berufungskläger moniert (act. A.1 Rz. 153), ist nicht zu erkennen und wird mit dieser blossen Behauptung nicht prozessual ausreichend geltend gemacht. Die bereits erwähnte Verwarnung reichte als Versuch aus, den Berufungskläger zur Mässigung anzuhalten – und dass seine Vorstösse und Demarchen bisweilen übertrieben waren und er sich dabei im Ton vergriff, gesteht er selber zu (act. A.1 Rz. 125, 127, 133). Es ist von der Berufungsbeklagten im Grundsatz zugestanden, dass der Berufungskläger neu ein niedrigeres Einkommen erzielt als vor der Kündigung; das Ausmass der Verschlechterung bleibt allerdings offen (act. A.1 Rz. 154 und act. A.2 Rz. 162: beide Parteien begnügen sich prozessual mit unzureichenden blossen Behauptungen; dass der Lohn des Berufungsklägers mit sehr viel Extra-Zulagen sehr hoch sein könnte, wie die Berufungsbeklagte vorträgt, ist eine blosser Spekulation). Im Rahmen der vorstehenden Überlegungen ist zu berücksichtigen, dass die festzusetzende Entschädigung (ganz ausserordentliche Umstände vorbehalten, welche hier nicht zu erkennen sind), jedenfalls nicht unter einem Monatslohn liegen kann – sonst würde der Anspruch der berechtigten Seite nicht ernst genommen. Es wird aufgrund der einzelnen Elemente aber auch deutlich, dass die mit der Entschädigung zu sanktionierende Kündigung keinen besonders schweren Fall darstellt. Eine Entschädigung im oberen Ermessens-Bereich der sechs Monatslöhne, also insbesondere ab vier Monatslöhnen, erschien daher ebenfalls als nicht angezeigt und als übersetzt. Wenn man insbesondere berücksichtigt, dass der Berufungskläger durchaus auch das Seinige zur schwierigen Entwicklung der Zusammenarbeit der Parteien beigetragen hat, ist eine Entschädigung von rund oder gegen zweieinhalb Monatslöhnen angemessen. Eine genaue Rechnung nach Franken und Rappen würde dabei allerdings eine Genauigkeit vorspiegeln, die es in diesem Bereich nicht geben kann. Die Entschädigung ist daher auf den runden Betrag von CHF 15'000.00 festzusetzen. Der Berufungskläger verlangt Zins seit dem 1. September 2020, mit der Begründung, mit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses würden nach Art. 339 OR alle

#### **E. 17**

/ 20 Forderungen fällig (act. A.1 Rz. 183). Die Berufungsbeklagte widersetzt sich dem mit dem Argument, dass sie nichts schulde (act. A.2 Rz. 191). Dass die Forderung fällig wurde, trifft zu. Zwar bedarf es nach allgemeiner Regel dann noch einer Mahnung (Art. 102 Abs. 1 OR). Die in Frage stehende Entschädigung für eine missbräuchliche Kündigung wird nach

Praxis und Lehre allerdings als unerlaubte Handlung betrachtet, sodass es keiner eigenen Mahnung bedarf (Nachweise bei Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., N 2 zweiter Absatz zu Art. 339 OR). 3.3. Mit seiner Klage verlangte und verlangt der Berufungskläger die Abgeltung von Überzeit im Umfang von knapp 32 Stunden, woraus er ein Guthaben von CHF 1'138.25 errechnet (RG act. I/1 Rz. 57 ff.). Das Regionalgericht wies diese Forderung ab. Einerseits habe der Berufungskläger die Überzeit nicht ausreichend nachgewiesen, andererseits betrachtet es seinen Widerstand gegen die von der Berufungsbeklagten angeordnete Kompensation der nur gerade 4.5 Arbeitstage im Lauf der dreimonatigen Freistellung als rechts- missbräuchlich (Urteil S. 21 f. E. 5.2 und 5.3). Der Berufungskläger lässt das nicht gelten. Er verweist für den Nachweis der Überzeit auf drei dem Regionalgericht vorgelegte Urkunden; die Anordnung der Kompensation sei unzulässig gewesen (act. A.1 Rz. 156 ff.). Für die geltend gemachte Überzeit nannte der Berufungskläger als Beweismittel die drei offenbar von der Berufungsbeklagten erstellten Dokumente RG act. II/44- 46 (RG act. I/1 Rz. 59). Eine "Korrektur Jahresarbeitszeit" nennt als Guthaben per Ende 2019 4046 Minuten "AZV" und 351 Minuten "UEZ", und in der letzten Spalte "Übertrag von AZV zu UEZ" erscheint wiederum die Zahl von 4046, unten umgerechnet in 67 Stunden und 26 Minuten (RG act. II/44). "UEZ" dürfte für "Überzeit" stehen. Es ist weder klar, was "AZV" heisst, noch warum diese Position (4046 Minuten) und die Überzeit (351 Minuten) nicht addiert werden. Ein Bündel "Monats- abrechnungen" für Januar bis und mit August 2020 zeigt komplizierte tabellarische Aufstellungen, welche für eine nicht eingeweihte Leserin unverständlich bleiben. Es gibt eine Spalte "UEZ", wie gesehen wohl "Überzeit", und die unerklärte Position "AZV". Diese beginnen am 1. Januar 2020 mit Werten von 4046 resp. 351 (offenbar Minuten). Die Zahlen verändern sich bis Ende August 2020 bis zu -78 und -31, was auch auf der Zusammenfassung der Monate so erscheint (RG act. II/46). Das ist so, wie das Regionalgericht zutreffend erwägt, nicht selbsterklärend und darum auch für den Beweis des Berufungsklägers nicht ausreichend, ob er noch Überzeit zugut hat, und wie viel. Auch wenn man spekuliert, die Berufungsbeklagte habe die vom Berufungskläger zurückgewiesene Kompensation während der

## **E. 18**

/ 20 Zeit der Freistellung in die Tabelle(n) einfließen lassen, geht es nicht auf. Ende April erscheinen "Guthaben" von 2'431 Minuten "AZV" und 473 Minuten "UEZ". Die Kündigung mit sofortiger Freistellung erfolgte am 20. Mai 2020, und Ende dieses Monats sind die entsprechenden Zahlen mit 1'434 und -31 angegeben. Dass es dann während der Freistellung noch zu Gutschriften und Belastungen gekommen sein soll, erscheint auf den ersten Blick etwas merkwürdig. Es bleibt aber dabei, dass die vom Berufungskläger vorgelegten Unterlagen für seine Behauptung keine Klarheit schaffen. Mit den in erster Instanz vorgelegten Unterlagen konnte der Berufungskläger seinen Beweis nicht erbringen. Die in der Berufung nachgeschobenen Erläuterungen (act. A.1 Rz. 169 ff.) sind neu und damit prozessual unzulässig (oben, E. 2.2). Auch die eventuelle Erwägung des Regionalgerichts, dass ein allfälliges Guthaben als kompensiert zu betrachten sei, ist zutreffend. Der Berufungskläger wehrt sich gegen die Kompensation, weil er nur für die nicht lange Dauer von drei Monaten freigestellt worden sei, und weil er diese Zeit für die Stellensuche benötigt habe (act. A.1 Rz. 160 ff.). Drei Monate Freistellung sind im Verhältnis von vier oder fünf zu kompensierenden Tagen durchaus lange. Selbstredend brauchte der Berufungskläger Zeit für die Stellensuche, und in erster Instanz hatte er für die Monate Juni bis August 2020 sieben, zehn und vierzehn Bewerbungen geltend gemacht

(act. A.1 Rz. 167 und RG act. II/39). Das lastete ihn aber nicht vollständig aus. Mit dem angefochtenen Urteil ist daher anzunehmen, eventuell sei sein Widerstand gegen die Kompensation allfälliger Überzeit rechtsmissbräuchlich. Damit bleibt es dabei, dass die Forderung des Berufungsklägers für Überzeit abzuweisen ist. 3.4. Im Ergebnis ist die Berufung teilweise begründet. Die materielle Ziffer 1b des angefochtenen Entscheides ist aufzuheben. Im Rahmen der dem Kantonsgericht möglichen und obliegenden sachlichen Beurteilung (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO) ist neu eine Entschädigung für missbräuchliche Kündigung festzusetzen. Im Übrigen sind Berufung und Klage abzuweisen. Die Kosten sind neu regeln (Art. 318 Abs. 3 ZPO). 4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegen und unterliegen die Parteien in beiden Instanzen je etwa zur Hälfte – dass die Frage des Arbeitszeugnisses in der Berufung nicht mehr Thema war, fällt kaum ins Gewicht. Die Entscheidgebühr ist für beide Instanzen je auf CHF 6'000.00 festzusetzen, aber nicht einzufordern

#### **E. 19**

/ 20 (Art. 114 lit. c ZPO). Parteientschädigungen sind in dieser Situation für beide Instanzen nicht zuzusprechen (Art. 106 ZPO).

#### **E. 20**

/ 20

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