

## Die fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber

### 1. Allgemeines

Disziplinarische Probleme, Straftaten, Streitigkeiten und Auseinandersetzungen unter Mitarbeitern oder mit dem Vorgesetzten sind auch in unserer Branche leider kein unbekanntes Phänomen.

Jeder Arbeitgeber regt sich über das häufige Zuspätkommen seines Mitarbeiters auf. Unentschuldigbar ist, wenn Bestellungen nicht getippt werden oder konkrete Arbeitsanweisungen verweigert werden. Auch verbale Entgleisungen gegenüber Arbeitskollegen oder dem Arbeitgeber selbst können das Arbeitsverhältnis schwer belasten. Diese Liste liesse sich beliebig fortsetzen.

Häufig melden sich Arbeitgeber beim Rechtsdienst GastroSuisse nach derartigen Vorfällen und fragen, ob in ihrer Situation die fristlose Kündigung des Mitarbeiters möglich ist. Klare oder gar pauschale Aussagen sind im Zusammenhang mit einer fristlosen Kündigung aber meist sehr heikel und bedürfen einer genauen Risikoabwägung des Einzelfalles. Es ist nicht verwunderlich, dass fast kein anderes arbeitsrechtliches Thema die Gerichte so oft und intensiv beschäftigt wie die fristlose Kündigung.

Die fristlose Kündigung ist grundsätzlich immer möglich und beendet das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung. Entscheidend ist, ob sich die fristlose Kündigung ausreichend mit einem "wichtigen Grund" rechtfertigen lässt. Denn gilt sie als ungerechtfertigt, dann kann dies finanzielle Konsequenzen für den Arbeitgeber haben.

Nachfolgend werden die rechtlichen Grundlagen und das Vorgehen bei einer fristlosen Kündigung kurz beschrieben. Es muss an dieser Stelle unmissverständlich festgehalten werden, dass es unmöglich ist eine "Formel" für die Beurteilung einer fristlosen Kündigung zu finden. Es geht viel mehr darum eine gewisse Sensibilität für die Thematik und die Beurteilung im Einzelfall zu schaffen.

Grundsätzlich ist die fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber immer möglich. Sie ist aber als das letzte Notventil zu verstehen und nur dann gerechtfertigt, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, welcher belegt, dass das Arbeitsverhältnis so zerrüttet ist, dass eine weitere Zusammenarbeit für beide Vertragsparteien unzumutbar ist.

**Wichtig:** Bleibt ein Mitarbeiter unentschuldigter Arbeit fern, dann ist das nicht per se als eine unwiderrufliche Zerrüttung des Arbeitsverhältnisses anzusehen. In einem solchen Fall ist mit einer Arbeitsaufforderung zu agieren. Nähere Informationen dazu erteilt Ihnen der Rechtsdienst GastroSuisse im Rahmen der telefonischen Rechtsauskunft.

### 2. Gesetzliche Grundlagen

Die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist in den Artikeln 337 – 337d OR geregelt. Zentral ist dabei der Art. 337 OR, der die Voraussetzungen der fristlosen Kündigung zum Gegenstand hat:

#### **Art. 337 Fristlose Auflösung**

##### *1. Voraussetzungen*

##### *a. aus wichtigen Gründen*

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet der Richter nach seinem Ermessen, darf aber in keinem Fall die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung als wichtigen Grund anerkennen.

### 3. Die fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber

Ein Arbeitsvertrag wird im Normalfall durch eine ordentliche Kündigung unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist beendet. Die einvernehmliche, auch sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses ist jedoch immer möglich.

Die Gerichte wenden bei der Rechtfertigung einer fristlosen Kündigung grosse Zurückhaltung an. Darum wird in der überwiegenden Zahl der Fälle, in denen sich eine Partei auf wichtige Gründe beruft, die Rechtfertigung der fristlosen Entlassung abgelehnt. Wird die fristlose Kündigung als ungerechtfertigt bewertet, dann hat dies finanzielle Konsequenzen für den Arbeitgeber. Das Arbeitsverhältnis bleibt allerdings beendet.

Die fristlose Kündigung kann mündlich ausgesprochen werden, ausser wenn der Arbeitsvertrag ausdrücklich die Schriftlichkeit vorsieht. Auf Verlangen des Gekündigten ist die fristlose Kündigung (nachträglich) schriftlich zu begründen.

Der Rechtsdienst GastroSuisse empfiehlt grundsätzlich die fristlose Kündigung schriftlich zu kommunizieren oder – falls sie mündlich ausgesprochen wurde – sie schriftlich zu bestätigen.

#### **a. Der wichtige Grund**

Der Hauptpunkt von Art. 337 OR ist der sog. "wichtige Grund". Ein solcher muss vorliegen, damit eine fristlose Kündigung gerechtfertigt ist. Dies ist nach Absatz 2 insbesondere immer dann der Fall, wenn dem Kündigenden nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist, das Arbeitsverhältnis mindestens bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin oder Ablauf des befristeten Vertrags weiterzuführen.

Wer als Arbeitgeber an eine fristlose Kündigung denkt, muss sich die Frage stellen, ob es ihm nach Treu und Glauben noch zuzumuten ist, mit dem Mitarbeiter bis zum nächstmöglichen ordentlichen Beendigungszeitpunkt zusammenzuarbeiten oder nicht. Kann der Arbeitgeber diese Frage bejahen, dann ist von einer fristlosen Kündigung abzusehen. Als Zwischenlösung bietet sich in einer solchen Situation die Freistellung als Alternative an. Bei dieser kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist und verzichtet während dieser auf die weitere Arbeitsleistung des Mitarbeiters. Die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers gegenüber dem Mitarbeiter, insbesondere die Lohnleistungspflicht, werden durch die Freistellung nicht aufgehoben.

Ob die Voraussetzung des wichtigen Grundes erfüllt ist, entscheidet sich nicht allgemein, sondern hängt von den konkreten Umständen im Einzelfall ab, insbesondere von der Stellung und Verantwortung des Mitarbeiters, der Natur und Dauer des Arbeitsverhältnisses, der Art und Schwere der Vertragsstörung und einer allfällig vorausgegangenen Verwarnung.

Aufgrund dieser verschiedenen Umstände kann das gleiche Ereignis oder der gleiche Grund in einer Anstellungskonstellation eine fristlose Kündigung rechtfertigen, in einer anderen hingegen nicht. Das bedeutet, dass nicht jeder Mitarbeiterdiebstahl und nicht jede Beschimpfung am Arbeitsplatz zwangsläufig zum gleichen Ergebnis führen muss.

Die Gerichtspraxis zur Rechtfertigung einer fristlosen Kündigung durch den Arbeitgeber ist streng. Die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses liegt nur bei besonders schweren Verfehlungen des Mitarbeiters vor, während bei leichteren oder mittleren Vertragsverletzungen der wichtige Grund nur erfüllt ist, wenn diese trotz vorgängiger Verwarnung wiederholt vorgekommen sind. Die Verfehlungen und Vertragsverletzungen müssen objektiv geeignet sein, das gegenseitige Vertrauen, welches die Grundlage des Arbeitsverhältnisses bildet, zu zerstören oder zumindest schwer zu erschüttern.

#### **b. Fallgruppen**

In Lehre und Rechtsprechung haben sich Fallgruppen herausgebildet, die eine fristlose Kündigung des Mitarbeiters unter Berücksichtigung der Umstände im Einzelfall rechtfertigen können:

- Begehung von Straftaten während der Anstellung, soweit die Vertrauenswürdigkeit des Mitarbeiters dadurch dahinfällt, wie Diebstahl oder Veruntreuung, aber auch bei strafbaren Handlungen, die die Integrität des Mitarbeiters beeinträchtigen, wie beispielsweise Sittlichkeitsdelikte. Sind die Opfer der strafbaren Handlung der Arbeitgeber selber oder andere Mitarbeiter, genügen schon relativ geringfügige Taten.
- Andere, die persönliche Integrität des Mitarbeiters schwer herabsetzende Umstände, wie ständiges Schuldenmachen, Konkurs oder fruchtlose Pfändung (mindestens bei über Finanzkompetenzen verfügenden Funktionen) oder grob anstössiges Privatleben. Hier ist in der Regel eine vorherige Verwarnung erforderlich. Die fristlose Kündigung aus diesen, die Privatsphäre des Mitarbeiters betreffenden, Gründen sollte nur mit grosser Zurückhaltung erfolgen.
- Pflichtverletzungen und andere Unkorrektheiten am Arbeitsplatz, wobei hier wiederum eine vorgängige Verwarnung empfehlenswert ist. Zu solchen Pflichtverletzungen gehören grobe

Verletzungen der Arbeitspflicht, wie simulierte Arbeitsunfähigkeit, trotz Verwarnung regelmässig zu spätes Erscheinen am oder Fernbleiben vom Arbeitsplatz.

Schlechterfüllung der Arbeitspflicht genügt für eine fristlose Kündigung hingegen nur, wenn eine völlige berufliche Unfähigkeit vorliegt, sie auf schweres Verschulden zurückzuführen ist oder nach einer Verwarnung wiederholt vorkommt. Auch die Kombination verschiedener, für sich allein zu wenig schwerwiegender Disziplinwidrigkeiten berechtigt – je nach Schwere mit oder ohne Verwarnung – zur fristlosen Kündigung; nicht aber geringfügige Unregelmässigkeiten ohne Verwarnung.

- Illoyalitäten gegenüber dem Arbeitgeber ausserhalb des Arbeitsplatzes, wie zum Beispiel Herabminderung des Arbeitgebers gegenüber künftigen Mitarbeitern, Gästen und Lieferanten, Verrat von Geschäftsgeheimnissen oder Arbeit für einen Dritten während der Arbeitszeit.
- Falsche Angaben bei der Stellensuche über Fähigkeiten und Kenntnisse, Diplome oder Zeugnisse, soweit diese für die fragliche Stelle relevant sind, nicht aber falsche Angabe von Nebensächlichkeiten. Eigenschaften, die dem Arbeitgeber bei der Anstellung bekannt waren, berechtigen dagegen nicht zur späteren fristlosen Entlassung.

**Hinweis zur Verwarnung:** Es lässt sich zwar keine allgemein gültige Regel aufstellen, wann eine Verwarnung Voraussetzung für eine spätere, gerechtfertigte fristlose Kündigung. Im Zweifelsfall ist aber eine schriftliche Verwarnung zu empfehlen.

### c. Exkurs: Die Verwarnung

#### i. Allgemeines

Eine schriftliche Verwarnung muss bei kleineren Verstössen ausgesprochen werden, die für sich allein eine fristlose Kündigung nicht rechtfertigen würden.

Wenn der Arbeitgeber auf die Vertragsverletzung(en) seines Mitarbeiters nicht reagiert, beraubt er sich der Möglichkeit, diese später als Begründung für die fristlose Kündigung anzuführen. Besonders heikel ist, dass eine "Nicht-Reaktion" des Arbeitgebers sogar als stillschweigendes Dulden eines inakzeptablen Verhaltens des Mitarbeiters gewertet werden kann.

Die Verwarnung muss klar zum Ausdruck bringen, dass ein missliebiges Verhalten nicht toleriert wird und im Wiederholungsfall zu einer sofortigen fristlosen Kündigung führen kann. Aus Beweisgründen wird empfohlen, die Verwarnung schriftlich abzufassen.

#### ii. Musterverwarnung

Der Rechtsdienst GastroSuisse empfiehlt den Arbeitgebern mit dem fehlbaren Mitarbeiter ein Gespräch zu führen und ihn in diesem auf das Fehlverhalten oder auf sonstige Punkte, die künftig nicht mehr toleriert werden, hinzuweisen.

Im Anschluss an das Gespräch verfasst der Arbeitgeber eine schriftliche Verwarnung in welcher er explizit auf das Gespräch hinweist und dem Mitarbeiter gegen Unterschrift aushändigt oder per Einschreiben zustellt.

#### **Betreff: (Ultimative) Verwarnung**

(Anrede)

Während der persönlichen Besprechung vom \_\_. \_\_\_\_ 201x haben wir Ihnen mitgeteilt, dass wir nachfolgendes Verhalten Ihrerseits ab sofort nicht mehr akzeptieren.

Wir warnen Sie hiermit zusätzlich (und ultimativ) schriftlich.

Folgendes Verhalten gemäss den nachfolgenden Aufzählungspunkten werden wir in Zukunft nicht mehr tolerieren:

- Nicht beachten der Weisungen von Vorgesetzten...
- freche, vorlaute Bemerkungen...
- drohendes oder aggressives Verhalten...
- Zurückhalten der Arbeitszeitkontrollblätter...
- Alkoholkonsum im Betrieb und während der Arbeitszeit
- 

Sollten wir noch einmal feststellen, dass Sie gegen einen oder mehrere der oben aufgeführten Punkte verstossen, dann ist die Konsequenz die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

**Merke:** eine Verwarnung kann immer nur für solche Handlungen eine Wirkung entfalten, welche thematisch von ihr erfasst werden. Sie ist kein Blankocheck, welcher rechtfertigt, dass nach der Verwarnung jede Verfehlung eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen vermag.

#### **d. Umgehende Reaktion**

Wichtig ist, dass die fristlose Kündigung umgehend – im Normalfall nach einer Bedenkfrist von 2 bis 3 Arbeitstagen – nach dem fehlbaren Ereignis, das als wichtiger Grund angesehen wird, ausgesprochen werden muss. Wer unhaltbare Zustände während längerer Zeit duldet, verliert das Recht, sie zur Begründung einer fristlosen Kündigung heranzuziehen.

Im Einzelfall kann die Frist auch länger sein, beispielsweise bei Abklärung eines Verdachtes.

### **4. Folgen einer fristlosen Kündigung**

#### **a. Auflösung Arbeitsverhältnis bei gerechtfertigter und ungerechtfertigter fristloser Kündigung**

Gemäss schweizerischem Arbeitsrecht beendet eine fristlose Kündigung das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung faktisch wie rechtlich. Dabei spielt es keine Rolle, ob die fristlose Kündigung gerechtfertigt oder ungerechtfertigt erfolgt ist.

#### **b. Finanzielle Folgen**

##### **i. gerechtfertigte fristlose Kündigung**

Ist die fristlose Kündigung durch einen wichtigen Grund gerechtfertigt, dann endet das Arbeitsverhältnis an dem Tag, auf welchen die fristlose Kündigung ausgesprochen worden ist. Auf dieses Datum hin werden sämtliche Guthaben (Überstunden, Ferien etc.) des Mitarbeiters abgerechnet und ausbezahlt.

##### **ii. ungerechtfertigte fristlose Kündigung**

Stellt sich nach einer fristlosen Kündigung heraus, dass kein wichtiger Grund vorlag, bleibt die Kündigung dennoch gültig. Das Arbeitsverhältnis ist mit sofortiger Wirkung beendet. Der ungerechtfertigt fristlos entlassene Mitarbeiter hat aber Anspruch auf den Lohn, den er erhalten hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist aufgelöst worden wäre. Der Mitarbeiter muss sich aber anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat.

Zusätzlich zum Lohnersatz kann dem zu Unrecht fristlos Entlassenen eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen gerichtlich zugesprochen werden.

### **5. Fazit**

Die wichtigste Schlussfolgerung ist, dass es für die Frage, ob eine fristlose Kündigung gerechtfertigt ist oder nicht, kein Patentrezept gibt.

Die Arbeitswelt ist zu vielfältig, die Konfliktsituationen sind zu unterschiedlich, als dass man einfach nach "Schema F" zu Werke gehen könnte. An einer Prüfung des Einzelfalles anhand der konkreten Umstände und einer Risikobeurteilung führt kein Weg vorbei.

### **6. Weitere Informationen**

Der Rechtsdienst GastroSuisse steht den Verbandsmitglieder zur Beurteilung eines Falles jederzeit während den telefonischen Rechtsauskunftszeiten zur Verfügung.

Telefonische Auskünfte zu rechtlichen Fragen erhalten **Mitglieder von GastroSuisse** in der unentgeltlichen Rechtsauskunft, jeweils von Montag bis Donnerstag von 09.30 Uhr bis 11.30 Uhr und von 14.00 Uhr bis 16.00 Uhr unter:

**Telefon 0848 377 111, Fax 0848 377 112 oder E-Mail [info@gastrosuisse.ch](mailto:info@gastrosuisse.ch)**

Dieses Merkblatt wurde mit aller Sorgfalt erstellt. Dennoch sind die Aussagen generell und ersetzen nie eine Beratung im Einzelfall.

Weitere Merkblätter des Rechtsdienstes sind auf der Homepage von GastroSuisse <http://www.gastrosuisse.ch/de/gastrosuisse/rechtsauskunft/aktuell/?&cmspid=516> aufgeschaltet.