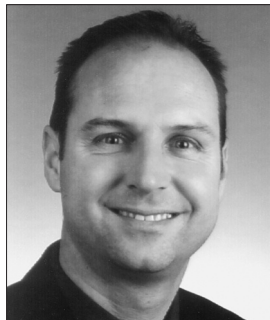


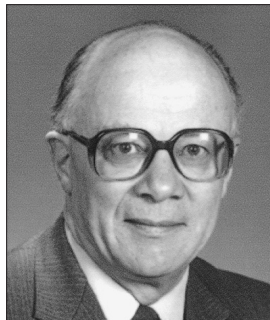
Fristlose Entlassung (Art. 337 OR)

Unter besonderer Berücksichtigung der Verdachtskündigung und der Erklärung der fristlosen Entlassung

564



Dr. DENIS G. HUMBERT,
Rechtsanwalt, Zürich



Dr. ALFONS VOLKEN,
a. Kantonsrichter, Sitten

Inhaltsübersicht:

- I. "Wichtiger Grund"
 1. Begriffliche Umschreibung des wichtigen Grundes
 2. Ausgewählte wichtige Gründe im Sinne der Gerichtspraxis
- II. Zulässigkeit der Verdachtskündigung?
 1. Eine umstrittene Frage
 2. Gegner der Zulassung
 3. Befürworter der grundsätzlichen Zulassung
 4. Unterschiedliche dogmatische Konstruktion dieser Lehrmeinungen
 5. Kritik an der Ablehnung einer Verdachtskündigung und Begründung des eigenen gegenteiligen Standpunktes
 - a. Zum Standpunkt der Gegner einer Verdachtskündigung
 - b. Eigene Begründung der grundsätzlichen Zulassung der Verdachtskündigung
 6. Pflicht zur Anhörung des Arbeitnehmers?
- III. Kündigungserklärung und einzuhaltende Fristen
 1. Form, Natur, Inhalt und Frist der Kündigungserklärung
 2. Erklärungsfristen und ihr beschränkter Anwendungsbereich
 - a. Allgemeines
 - b. Einzelne Erklärungsfristen
 - c. Kritik an solch rigorosen Fristen und Beschränkung ihres Anwendungsbereichs
 3. Aufschiebung des Beginns der Erklärungsfrist
 - a. Anhörung des Arbeitnehmers, Gelegenheit zur Wiedergutmachung, Abklärung – zusätzliche Gewährung einer Erklärungsfrist?
 - b. Militärdienst und Ferien als Gründe für den Aufschiebung
- IV. Folgen der fristlosen Entlassung

Die fristlose Entlassung¹ (unter besonderer Berücksichtigung der Verdachtskündigung und der Erklärung der fristlosen Entlassung) wirft immer wieder Fragen auf, die zum Teil in Doktrin und Rechtsprechung noch keine überzeugende und einheitliche Antwort gefunden haben. Die vorliegende Arbeit umschreibt den "wichtigen Grund" im Sinne von Art. 337 Abs. 1 und 2 OR. Wie der Untertitel besagt, befasst sich die vorliegende Abhandlung auch mit der Verdachtskündigung und mit der Erklärung der fristlosen Entlassung. Bei der Verdachtskündigung fragt sich, ob diese zulässig ist und ob der Arbeitnehmer vorher angehört wer-

den muss. In Bezug auf die Erklärung der Kündigung ist zu prüfen, ob und in welchem Umfang die Überlegungsfristen (auch Erklärungsfristen genannt) bzw. die Wartezeiten zu beachten sind.

I. "Wichtiger Grund"

Vorerst geht es um eine Umschreibung des "wichtigen Grundes" im Sinne von Art. 337 OR und um eine kurze Übersicht solcher Gründe gemäss Gerichtspraxis.

1. Begriffliche Umschreibung des wichtigen Grundes

Wie jedes Dauerschuldverhältnis kann auch das Arbeitsverhältnis vorzeitig aufgelöst werden. Das Gesetz macht in Art. 337 Abs. 1 OR die Möglichkeit einer fristlosen Kündigung vom Vorliegen eines wichtigen Grundes abhängig und fügt in Art. 337 Abs. 2 OR erläuternd bei, dass als wichtiger Grund jeder Umstand gilt, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann². Ein wichtiger Grund liegt – abgesehen von gesetzlichen Sondervorschriften³ – also nur vor, wenn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum nächsten ordentlichen Termin nach Treu und Glauben nicht mehr zumutbar ist⁴. Erforderlich ist eine schwere Vertragsverletzung⁵, die das Vertrauensverhältnis derart zer-

- 1 Nachfolgend wird nur die fristlose Entlassung des Arbeitnehmers behandelt, obwohl auch dieser unter Umständen fristlos kündigen kann; vgl. BGE vom 8.10.2002 i.S. X. AG/A.
- 2 JAR 1988, 315, 317; BGE vom 4.4.2003 i.S. A./X.; J. BRÜHWILER, 359.
- 3 Vgl. für das Lehrvertragsverhältnis: Art. 346 Abs. 2 OR; vgl. zudem Art. 337a OR.
- 4 JAR 1988, 315, 317; BGE in JAR 1994, 223; BGE vom 4.4.2003 i.S. A./X.; M. REHBINDER, 154 f.; E. SCHWEINGRUBER, 252; U. STREIFF/A. VON KAENEL, 376; R. WYLER, 363 f.; § 626 BGB, der inhaltlich mit Art. 337 OR weitgehend übereinstimmt und unserer Gerichtspraxis in mancher Hinsicht entspricht, lautet wie folgt: "Das Dienstverhältnis kann von jedem Vertragsteil aus wichtigen Gründen ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann" (vgl. Beck'sche Kurz-Kommentare, Bd. 7, Palandt-Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von P. BASSENGE usw. 53. A., 1994, 698 ff.).
- 5 BGE vom 4.4.2003 i.S. A./X.; vgl. M. REHBINDER, 154; U. STREIFF/A. VON KAENEL, 376.

stört, dass die vorzeitige, fristlose Auflösung geradezu als einziger Ausweg erscheint⁶. Die angerufene Verfehlung muss objektiv schwer sein und tatsächlich zu einer Zerstörung des Vertrauensverhältnisses geführt haben⁷. Der Arbeitgeber hat die Tatsachen und Umstände zu beweisen, die seines Erachtens einen wichtigen Grund für die fristlose Entlassung des Arbeitnehmers darstellen⁸. Über das Vorliegen und die Bedeutung solcher Umstände entscheidet dann das Gericht nach freiem Ermessen⁹. Der "wichtige Grund" ist ein unbestimmter Gesetzesbegriff. Dem Richter obliegt es, diesen von Fall zu Fall zu konkretisieren¹⁰. Der Gesetzgeber verwendet also typische Ermessensbegriffe und überlässt die nähere Ausgestaltung und Fortentwicklung dem Richter¹¹. Weil dieser auf sein Ermessen verwiesen wird, muss er jeden Einzelfall und die konkreten Umstände sorgfältig prüfen und seinen Entscheid nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB) fällen¹². Die Gerichtspraxis hat nun in jahrelanger Arbeit "ein zwar äusserst vielfältiges, aber nach einheitlichen und festen Kriterien der Beurteilung geformtes Fallrecht geschaffen". Der Richter soll "sein Ermessen nach diesen bewährten Beurteilungskriterien ausrichten". Die gesetzgeberische Lösung, den wichtigen Grund in Art. 337 Abs. 1 und 2 OR in eine Generalklausel zu fassen und der richterlichen Umsetzung (im Einzelfall) anzuvertrauen, hat sich – wie BRÜHWILER zu Recht ausführt – gesamthaft durchaus bewährt¹³.

2. Ausgewählte wichtige Gründe im Sinne der Gerichtspraxis

Als wichtige Gründe für die fristlose Entlassung (Art. 337 OR) hat die Gerichtspraxis unter anderem die *Verletzung der Arbeitspflichten* genannt. Die trotz Abmahnung erfolgte, beharrliche Verweigerung der Arbeitsleistung stellt einen solch wichtigen Grund dar¹⁴. Ohne vorausgehende Ermahnung oder Verwarnung ist die fristlose Kündigung zulässig bei Missachtung berechtigter Weisungen¹⁵. Auch die vorsätzliche Schlechterfüllung der Arbeitspflicht rechtfertigt eine fristlose Entlassung¹⁶. Hingegen ergibt im Normalfall die ungenügende Arbeitsleistung noch keinen wichtigen Grund¹⁷. Diese Schlechterfüllung kann aber die fristlose Kündigung rechtfertigen, wenn sie trotz Verwarnung wiederholt wird¹⁸.

Ein weiterer wichtiger Grund liegt in der *Verletzung der Treuepflicht* gegenüber dem Arbeitgeber¹⁹. In Lehre und Gerichtspraxis wird in diesem Zusammenhang anerkannt, dass Straftaten, die der Arbeitnehmer in Ausübung seiner dienstlichen Verrichtung oder im Privatleben²⁰ zum Nachteil des Arbeitgebers, der Mitarbeiter, von Kunden oder Dritten begeht, einen wichtigen Grund darstellen, ohne dass eine vorausgehende Verwarnung nötig ist. Allerdings kommt es in diesen Fällen sehr auf die Umstände und insbesondere auf die Schwere der Straftat an²¹. Wie das Bundesgericht entschieden hat, ist ein einmaliger Spesenbetrug in der Regel noch kein wichtiger Grund²², wohl aber der Diebstahl zum Nachteil des Arbeitgebers²³. Leichte Verfehlungen oder Straf-

7 BGE vom 8.10. 2002 i.S. X. AG/A.; BGE vom 4.4.2003 i.S. A./X.: "Die schweren Verfehlungen müssen objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest tiefgreifend zu erschüttern" und "auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein" (vgl. auch BGE 127 III 153, 310, 353, 356; 117 II 560, 562; 116 II 145, 150).

8 JAR 1981, 63 f.; JAR 1988, 315; JAR 1989, 139; JAR 1990, 273; JAR 1999, 278; BGE in JAR 2001, 304, 306; vgl. D. EGLI, 32, 39 ff.

9 Art. 337 Abs. 3 OR; BGE vom 8.10.2002 i.S. X. AG/A.; JAR 1988, 315, 317; D. EGLI, 34. Solche Ermessensentscheide prüft das Bundesgericht an sich frei; es übt dabei aber Zurückhaltung und greift nur ein, wenn die kantonale Instanz von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat, das heisst, wenn sie grundlos von den in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Gesichtspunkte berücksichtigt hat, die keine Rolle spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt rechtserhebliche Umstände ausser acht gelassen hat. Aufzuheben und zu korrigieren sind ausserdem Ermessensentscheide, die sich im Ergebnis als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 127 II 351, 354; 126 III 223, 227; 122 III 262; BGE vom 4.4.2003 i.S. A./X.).

10 Art. 337 Abs. 3 OR; D. EGLI, 34.

11 D. EGLI, 8, 34: Damit hat sich der Gesetzgeber für eine Lösung entschieden, "welche die Rechtssicherheit hintanstellt und dafür der Gerechtigkeit im Einzelfall dienen soll".

12 JAR 1988, 317; vgl. J. BRÜHWILER, 359.

13 J. BRÜHWILER, 359.

14 BGE JAR 1982, 180; OGer ZH JAR 1991, 276; OGer TG JAR 1990, 268; AppGer GE JAR 1986, 144; vgl. J. BRÜHWILER, 360.

15 Z.B. bei Weigerung, eine zum Pflichtenheft gehörende Arbeit trotz klarer Weisung auszuführen usw.: OGer BL JAR 1990, 357 f.; BS JAR 1984, 195; OGer ZH: ZR 1986 Nr. 30 = JAR 1987, 211; BGE 108 II 301. Die Weisung muss rechtmässig sein (vgl. BK-REHBINDER, N 36 zu Art. 321d OR; M.-L. STAMM, 116 ff.) und ihre Grundlage im Arbeitsvertrag haben (ZK-STAEHELIN, N 14 zu Art. 321d OR; BK-REHBINDER, N 38 zu Art. 321d OR; R. WYLER, 97 f.). Im Übrigen besteht die Pflicht zur Befolgung der Weisung nur im Rahmen von Treu und Glauben (Art. 321d Abs. 2 OR). Der Arbeitnehmer ist z.B. nicht verpflichtet, Weisungen zu befolgen, die seine Persönlichkeitsrechte verletzen (ZK-STAEHELIN, N 18 zu Art. 321d OR; U. STREIFF/A. VON KAENEL, N 3 zu Art. 321d OR).

16 BGE 108 II 144; KGer FR JAR 1990, 257.

17 OGer BL JAR 1986, 146; BE JAR 1988, 328; ZG JAR 1986, 130.

18 AppGer TI JAR 1991, 287.

19 J. BRÜHWILER, 361.

20 AppGer GE JAR 1987, 207.

21 BGE 101 Ia 545; KGer JU JAR 1984, 190.

22 BGE 116 II 149; M. REHBINDER (N 9 zu Art. 337 OR) spricht sogar von einem "Kavaliersdelikt". So würden wir dies doch nicht nennen.

23 BGE 127 III 351; 124 III 25; 116 II 145; Pra 2000 Nr. 11, 56 f.; JAR 2002, 280 f.; vgl. J. BRÜHWILER, 361; R. WYLER, 366 f.

6 BGE 116 II 143; JAR 1991, 141; vgl. M. REHBINDER, 154; R. WYLER, 374.

taten begründen nach REHBINDER eine sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses nur dann, wenn sie – trotz Verwarnung mit Androhung der Entlassung – wiederholt werden, oder gemäss dem Bundesgericht, "wenn sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sind"²⁴. Beschimpfungen und Tätlichkeiten sind blosser Übertretungen im Sinne von Art. 101 StGB und stellen daher in der Regel keinen wichtigen Grund dar²⁵. Auch das unbefugte Konsumieren von Betäubungsmitteln ist gemäss Art. 19a des Betäubungsmittelgesetzes strafrechtlich nur eine Übertretung²⁶. Dies besagt aber nicht, dass es sich zum Vornherein um eine leichte Verfehlung handelt. Man muss in solchen Fällen bei der Beurteilung, ob diese eine fristlose Entlassung ohne vorausgehende Verwarnung rechtfertigt oder nicht, auf die besonderen Umstände des Einzelfalls abstellen. Demnach ist zu fragen, ob sich das verwerfliche Verhalten oder die Straftat nach objektiver Wertung derart negativ auf die Arbeitsqualität, auf das Arbeitsklima oder das Ansehen des Arbeitgebers ausgewirkt hat, dass diesem die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar ist²⁷. Weil diese zusätzlichen Voraussetzungen fehlten, hat das Bundesgericht bei einem Arbeitnehmer, welcher während der Freizeit regelmässig zwei- oder dreimal in der Woche harte Drogen (Heroin) konsumierte, keinen wichtigen Grund für die fristlose Kündigung angenommen²⁸. Das Bundesgericht hat ferner in einem jüngsten Urteil vom 20. Juni 2003 erkannt, dass eine Liebesbeziehung zwischen einer Arbeitnehmerin und dem Lebenspartner ihrer Arbeitgeberin keine Vertragsverletzung darstellt und insbesondere nicht gegen die arbeitsvertragliche Treuepflicht verstösst. Dennoch kann ein solches Verhältnis unter bestimmten Umständen ein wichtiger Grund sein, der eine fristlose Entlassung im Sinne von Art. 337 OR rechtfertigt. Man kann nämlich nicht ausschliessen, dass auch ein Verhältnis mit dem Ehemann der Geschäftsführerin (einzige Aktionärin und Verwaltungsrätin) das Arbeitsverhältnis derart vergiftet, dass sich eine ausserordentliche Kündigung rechtfertigt. Davon konnte jedoch im beurteilten Fall keine Rede sein, weil die Ehe der Chefin bereits zerrütet war und das Ehepaar getrennt lebte. Auch dauerte das Arbeitsverhältnis ohnehin nur noch einen Monat, da die Angestellte zuvor bereits gekündigt hatte. Unter diesen besonderen Umständen hat das Bundesgericht bei solchem Verhalten der Arbeitnehmerin keinen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung angenommen.

II. Zulässigkeit der Verdachtskündigung?

Vorerst stellt sich die Frage, ob die Verdachtskündigung nach schweizerischem Recht unbeschränkt oder wenigstens dem Grundsatz nach zulässig ist.

1. Eine umstrittene Frage

Die Frage, ob der schwerwiegende Verdacht einer Straftat oder einer sonstigen Verfehlung eine fristlose Entlassung im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR rechtfertigt, ist in der

schweizerischen Lehre umstritten. Mehrheitlich wird die Ansicht vertreten, der blosser Verdacht einer Straftat genüge nicht²⁹. Eine Minderheit der Autoren hingegen befürwortet die grundsätzliche Zulassung der Verdachtskündigung³⁰. Das Bundesgericht hat sich in einem jüngsten Urteil weder der einen noch der anderen Meinung angeschlossen, sondern erneut festgehalten, die Frage brauche im beurteilten Fall nicht entschieden zu werden, zumal die Voraussetzungen für eine Verdachtskündigung nicht erfüllt seien³¹. Es geht also bei den nachfolgenden Ausführungen um die heikle Frage, ob die Verdachtskündigung grundsätzlich zulässig ist und ob der Arbeitnehmer vor dieser Kündigung angehört werden muss.

2. Gegner der Zulassung

In der Doktrin wird Mehrheitlich die Ansicht vertreten, der blosser Verdacht genüge nicht, d.h. die Zulässigkeit der Verdachtskündigung wird verneint³². Unter den Gegnern der Zulassung einer Verdachtskündigung hat vor allem REHBINDER dazu ausführlich Stellung genommen³³. Er führt zur Begründung aus, für den Arbeitgeber könne die Weiterbeschäftigung bis zur Aufklärung des Verdachts unzumutbar sein. Dann darf dieser zur Wahrung seiner Interessen auf die tatsächliche Beschäftigung verzichten, und der Arbeitnehmer kann keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung geltend machen³⁴. Der Lohnanspruch hingegen muss weiter bestehen bleiben, "denn, dass Mitarbeiter in den Verdacht

24 BGE vom 8.10.2002 i.S. X. AG/A.; BGE 127 III 53, 117 III 560, 562; BGE JAR 1995, 215; BGE JAR 1998, 224, 228; vgl. auch M. REHBINDER, 155; R. WYLER, 374.

25 J. BRÜHWILER, 361.

26 Vgl. hierzu BGE vom 8.10.2002 i.S. X. AG/A.

27 BGE vom 8.10.2002 i.S. X. AG/A.; Es muss unter diesem Gesichtspunkt der Sachverhalt genau geklärt werden.

28 BGE vom 8.10.2002 i.S. X. AG/A.: Ein Drogenkonsum am Arbeitsplatz konnte ihm nicht nachgewiesen werden. Zudem repräsentierte er die Firma nicht nach aussen und konsumierte am Arbeitsplatz kein Heroin. Unter diesen besonderen Umständen vermochte der Konsum harter Drogen keinen wichtigen Grund für die fristlose Kündigung zu begründen.

29 M. REHBINDER, 155; DERS. im Berner Kommentar, N 12 zu Art. 337 OR; U. STREIFF/A. VON KAENEL, N 10 zu Art. 337 OR; F. VISCHER, 179; D. EGLI, 42 ff.

30 ZK-STAEHELIN, N 23 zu Art. 337 OR; F. RAPP, 169, 172; M. VITALI, 97 ff.; R. KUHN/G. KOLLER, Teil 7, Kap. 3.2.1, 5/6.

31 Vgl. Urteil 4C.379/1995 vom 10.5.1996; Urteil 4C.543/1996 vom 22.8.1996; Urteil 4C.168/1998 vom 16.7.1998 = JAR 1999, 277. Im jüngsten Entscheid des Bundesgerichtes vom 8.10.2002 i.S. X. AG/A. wird dazu ausgeführt, auch in diesem Fall könne "gleich vorgegangen werden", d.h. man dürfe die Frage ebenfalls offen lassen.

32 M. REHBINDER, 155; DERS. BK, N 12 zu Art. 337 OR; U. STREIFF/A. VON KAENEL, N 10 zu Art. 337 OR; F. VISCHER, 179; D. EGLI, 42 ff.

33 M. REHBINDER, 154 f.; DERS. BK N 12 zu Art. 337 OR.

34 Eine fristlose Kündigung wegen Verdachts einer strafbaren Handlung wird also nicht ins Auge gefasst.

strafbarer Handlungen geraten, fällt in das vom Arbeitgeber zu tragende Unternehmerrisiko". Zudem sei jeder Mensch bis zum Beweis des Gegenteils als unschuldig anzusehen (Unschuldsvermutung: Art. 6 Abs. 2 EMRK). Dieser Grundsatz komme im Vertragsrecht dadurch zum Ausdruck, "dass der andere Vertragspartner für das Vorliegen eines Grundes zur ausserordentlichen Kündigung die Beweislast trägt. Solange er diesen Beweis nicht führen kann, muss er die wirtschaftlichen Lasten der Vertragsbindung tragen"³⁵. REHBINDER stützt sich für die Ablehnung der Verdachtskündigung also auf das "Unternehmerrisiko" und ganz besonders auf die "Unschuldsvermutung". Der Ansicht von REHBINDER folgt EGLI, der vorerst die zentrale Frage stellt, "ob der blosse, wenn auch schwere Verdacht einer strafbaren Handlung oder sonstigen Verfehlung die fristlose Entlassung rechtfertigen kann"³⁶. Auch dieser Autor führt aus, wenn ein Mitarbeiter in den Verdacht einer strafbaren Handlung gerate, falle dies "in das vom Arbeitgeber zu tragende Unternehmerrisiko"³⁷. In Bezug auf die Unschuldsvermutung erklärt er, REHBINDER habe die Verdachtskündigung u.a. mit dem Argument abgelehnt, dass eine solche Kündigung der Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK) widerspreche³⁸. Er schliesst sich diesem Standpunkt an³⁹. EGLI kommt zum Schluss, "dass der Verdacht die vom Gesetzgeber aufgestellten und von der Praxis konkretisierten Voraussetzungen für die Annahme eines wichtigen Grundes bzw. der Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung nicht erfüllt". "Der Endgültigkeit der fristlosen Kündigung wird die provisorische Natur des Verdachtes nicht gerecht. Der Verdacht kann somit keinen wichtigen Grund für die unwiderrufliche, sofortige Aufhebung des Arbeitsvertrages darstellen"⁴⁰. Nach Ansicht von STREIFF/VON KAENEL sodann "spricht der Arbeitgeber eine fristlose Kündigung aus Verdachtsgründen auf eigenes Risiko aus"⁴¹. BRÜHWILER hat seinen früheren Standpunkt in der Folge so sehr abgeschwächt, dass er sich im Ergebnis nun der Ansicht von REHBINDER und STREIFF/VON KAENEL anschliesst⁴². REHBINDER folgend vertritt schliesslich auch VISCHER die Ansicht, der blosse Verdacht, dass der Arbeitnehmer eine Straftat oder eine sonstige Verfehlung begangen hat, gestatte dem Arbeitgeber – wegen der Unschuldsvermutung – nicht die fristlose Kündigung. Wenn dieser trotzdem kündigt, so trage er das Risiko⁴³. Nach GLOOR schliesslich tangiert die oft praktizierte, "aber stets von Doktrin und Rechtsprechung missbilligte" Verdachtskündigung "ein Grundprinzip der schweizerischen Rechtsordnung, namentlich der Unschuldsvermutung"⁴⁴.

3. Befürworter der grundsätzlichen Zulassung

F. RAPP befürwortet die Zulassung der Verdachtskündigung und ist der Ansicht, dass es dem Erfordernis des auf jeden Einzelfall abgestimmten "Billigkeitsentscheides" widersprechen würde, wollte man diese Kündigung generell ausschliessen⁴⁵. Es ist nach diesem Autor grundsätzlich zulässig, eine fristlose Kündigung auszusprechen, die auf einem begründeten Verdacht beruht, wobei dieser objektiv begründet sein muss und sich auf eine nicht geringfügige Straftat be-

ziehen soll. Dem Arbeitgeber muss die Entkräftung dieses Verdachtes durch eigene Abklärung "innert kurzer Frist nicht möglich" sein⁴⁶. Nach KUHN/KOLLER bedeutet selbst der Umstand, dass ein gegen den entlassenen Arbeitnehmer geführtes Strafverfahren mit einem Freispruch oder einer Einstellung des Verfahrens endet, noch lange nicht, dass die vorher auf Verdacht hin ausgesprochene fristlose Kündigung un gerechtfertigt war⁴⁷. Wenn zum Beispiel ein leichtfertiges oder verwerfliches Verhalten des Arbeitnehmers die Einleitung einer Strafuntersuchung veranlasst hat, so kann unter Umständen schon in diesem Verhalten ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung liegen. Zur Zerstörung des gegenseitigen Vertrauens (Unzumutbarkeit des Arbeitsverhältnisses) genügen also schon "begründete und vom Arbeitnehmer zu verantwortende Verdachtsmomente – und nicht erst strikte Schuldbeweise"⁴⁸. Nach STAEHELIN schliesslich kann, weil die fristlose Entlassung kein Verschulden voraussetzt, bereits der Verdacht einer strafbaren Handlung die fristlose Kündigung rechtfertigen, wenn er als solcher das gegenseitige Vertrauensverhältnis vollständig zerstört hat⁴⁹: "Diese Voraussetzung liegt nicht nur vor, wenn der Arbeitnehmer die Aufklärung des Sachverhalts behindert, sondern auch dann, wenn ein ausreichender objektiv begründeter Tatverdacht vorliegt und der Arbeitgeber denselben trotz zumutbarer Abklärung nicht ausräumen kann"⁵⁰. "Soweit möglich, hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu den erhobenen Vorwürfen anzuhören". Dieser Autor fügt bei: "Die Interessen des fristlos entlassenen Arbeitnehmers, der sich nachträglich als unschuldig erweist, lassen sich durch die Gewährung des vollen Schadenersatzes nach Art. 337b Abs. 2 OR

35 M. REHBINDER, 155 f.; vgl. AppGer TI JAR 1989, 215; OGer SO JAR 1992, 259.

36 D. EGLI, 38, 43 ff.

37 D. EGLI, 46; vgl. BK-REHBINDER, N 12 zu Art. 337 OR.

38 D. EGLI, 47.

39 D. EGLI, 47, 56; vgl. diesbezüglich die Stellungnahme des Bundesgerichtes in JAR 1995, 151 f.

40 D. EGLI, 46. Dann ist noch beigefügt, die Verdachtskündigung müsse "auf Grund der vorausgehenden Ausführungen als unzulässig erscheinen" (56).

41 U. STREIFF/A. VON KAENEL, N 10 zu Art. 337 OR; vgl. D. EGLI, 28.

42 Vgl. J. BRÜHWILER, N 13 zu Art. 337 OR, 370 f.; vgl. auch U. STREIFF/A. VON KAENEL, N 10 zu Art. 337 OR. J. BRÜHWILER lehnt aber die Begründung von M. REHBINDER ("Unternehmerrisiko" und "Unschuldsvermutung") als zu weitgehend ab.

43 Vgl. F. VISCHER, 179.

44 W. GLOOR, 133 ff.

45 F. RAPP, 169 – 194.

46 F. RAPP, 169 ff.

47 R. KUHN/G. KOLLER, 5 f.

48 R. KUHN/G. KOLLER, 5 f.; vgl. D. EGLI, 27.

49 ZK-STAEHELIN, N 23 zu Art. 337 OR; F. RAPP, 173; J. BRÜHWILER, N 5 zu Art. 337 OR; vgl. dazu auch JAR 1986, 128; JAR 1980, 289.

50 ZK-STAEHELIN, N 23 zu Art. 337 OR; F. RAPP, 172; vgl. auch JAR 1980, 289 f.; BJM 1978, 301.

befriedigen"⁵¹. Dieser Ansicht von STAEHELIN hat sich, was der Vollständigkeit halber beizufügen ist, das Obergericht Zürich am 18. Januar 1999 und dann auch das Bundesgericht am 8. August 1999 angeschlossen. Dieses führt dazu aus: "Die Auffassung von STAEHELIN verdient den Vorzug. OR 337 lässt die fristlose Entlassung zu, wenn der kündigenden Partei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann. Damit wird ausdrücklich auf deren Interessen Bezug genommen. Auch der blosser Verdacht, es liege ein Delikt vor, kann dazu führen, dass eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar ist. Dass diesfalls keine Beschäftigungspflicht besteht (BK-REHBINDER, OR 337 N 12), nützt dem Arbeitgeber nichts, da er mit der Lohnfortzahlungspflicht das Risiko, dass sich der Verdacht nicht erhärtet, voll und ganz trägt. Diesen zusätzlich noch dem Vorwurf einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung auszusetzen, lässt sich nicht rechtfertigen. Demgegenüber entsteht dem Arbeitnehmer dadurch, dass OR 337b II zur Anwendung gelangt und er aufgrund dieser Bestimmung Ersatz für den vollen Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist erhält, kein unzumutbarer Nachteil; denn seine Situation wäre nicht anders, wenn nach OR 337c verfahren würde. Auch diesfalls würde das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung beendet, und auf eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung bestünde ebenso wenig Anspruch"⁵². Dieser Entscheid des Bundesgerichtes vom 8. August 1999 enthält einige Anhaltspunkte, die indirekt auf eine Zulassung der Verdachtskündigung weisen. Andererseits hat sich das Bundesgericht noch in einem jüngsten Urteil vom 8. Oktober 2002 i.S. X. AG/A. weder der einen noch der anderen Lehrmeinung angeschlossen, sondern diese Frage bewusst offen gelassen.

4. Unterschiedliche dogmatische Konstruktion dieser Lehrmeinungen

Vorerst ist mit dem Bundesgericht festzuhalten, dass die beiden Lehrmeinungen im Ergebnis nur unwesentlich voneinander abweichen, sich aber in ihrer dogmatischen Konstruktion deutlich unterscheiden⁵³. Von allgemeiner Bedeutung ist, dass bei der Verdachtskündigung die subjektive Seite der Unzumutbarkeit im Vordergrund steht⁵⁴. Einigkeit herrscht auch darin, dass dem Arbeitgeber – wie das Bundesgericht präzisiert – die Weiterführung der Beschäftigung des Arbeitnehmers beim Vorliegen des schweren Verdachts einer Straftat nicht mehr zugemutet werden kann⁵⁵. Bei einer solchen Situation wird zudem allgemein anerkannt, dass der Arbeitgeber sofort handeln muss und mit der fristlosen Entlassung nicht zuwarten darf, bis der Sachverhalt von den Strafbehörden beurteilt ist⁵⁶. Auch jene Stimmen in Lehre und Rechtsprechung, die sich für eine grundsätzliche Zulassung der Verdachtskündigung aussprechen, lassen nicht jeden Verdacht irgendeiner Straftat oder eines sonstigen Vergehens gelten. "Vielmehr soll nur ein objektiv begründeter, schwerwiegender Verdacht einer strafbaren Handlung zur fristlosen Kündigung berechtigen"⁵⁷. Das Bundesgericht bestätigt dies und präzisiert, dass nur der erhebliche, objek-

tiv begründete "Verdacht eines schweren Deliktes eine fristlose Kündigung rechtfertigen kann. Wird der Arbeitnehmer einer weniger schwerwiegenden Straftat verdächtigt, ist dem Arbeitgeber zuzumuten, auf einen solchen Schritt zu verzichten"⁵⁸. Einig ist sich die Lehre weiter darin, dass eine Behinderung der Abklärung durch den Arbeitnehmer eine fristlose Entlassung rechtfertigen kann⁵⁹. Alle Autoren empfehlen, falls eine Weiterbeschäftigung bis zur Aufklärung des Verdachtes unzumutbar ist, im Zweifelsfall zur Wahrung der Interessen des Arbeitgebers eine Freistellung des Arbeitnehmers vorzunehmen, der dann keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung geltend machen kann, aber weiterhin einen Lohnanspruch hat⁶⁰. Mehrheitlich wird zudem der Standpunkt vertreten, eine fristlose Kündigung sei gerechtfertigt, wenn sich der Verdacht nachträglich bestätigt. Eine Meinungsverschiedenheit hingegen besteht für den Fall, dass sich der Verdacht in der Folge als nicht begründet erweist⁶¹. Ein überwiegender Teil der Doktrin hält nämlich eine fristlose Entlassung wegen Verdachts an sich für ungerechtfertigt und ist daher der Meinung, "dass sowohl der Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist als auch eine Entschädigung nach OR 337c III geschuldet" seien. In Bezug auf die Lohnfrage ist STAEHELIN der gleichen Ansicht, "stützt aber den Anspruch auf OR 337b II", wobei dann kein Raum bleibt – darin liegt ein wichtiger Meinungsunterschied – "für eine Entschädigung nach OR 337c III"⁶². Im Übrigen hat das Bundesgericht in konstanter Praxis festgehalten, dass in Ausnahmefällen auch bei einer

51 ZK-STAEHELIN, N 23 zu Art. 337 OR.

52 BGE in JAR 2001, 307 f.

53 BGE vom 9.8.1999, der das Urteil des OGer ZH vom 18.1.1999 bestätigt in JAR 2001, 307.

54 JAR 1992, 241; vgl. auch BK-REHBINDER, N 12 zu Art. 337 OR, 135; ZK-STAEHELIN, N 23 zu Art. 337 OR; D. EGLI, 27.

55 BGE in JAR 2001, 307; vgl. auch BK-REHBINDER, N 12 zu Art. 337 OR.

56 BGE in JAR 2001, 306. Ein längeres Zuwarten könnte bedeuten, dass die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers noch zumutbar ist, also kein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vorliegt.

57 D. EGLI, 38, 43; F. RAPP, 172; ZK-STAEHELIN, N 23 zu Art. 337 OR.

58 BGE in JAR 2001, 308; vgl. BK-REHBINDER, N 12 zu Art. 337 OR, 135; J. BRÜHWILER, N 13 zu Art. 337 OR.

59 BGE in JAR 2001, 307; vgl. U. STREIFF/A. VON KAENEL, N 10 zu Art. 337 OR; ZK-STAEHELIN, N 23 zu Art. 337 OR.

60 M. REHBINDER, 155; ZK-STAEHELIN, N 23 zu Art. 337 OR; J. BRÜHWILER, N 13 zu Art. 337 OR, führt dazu auf S. 371 aus, oft sei dem Arbeitgeber zu empfehlen, sich "mit Verdachtskündigungen zurückzuhalten und in wirklichen Zweifelsfällen den Arbeitnehmer zunächst sofort von der Arbeit freizustellen und ihn je nach Verlauf der Abklärung erst später fristlos zu entlassen oder ihm ordentlich zu kündigen".

61 BGE in JAR 2001, 307 f.

62 BGE in JAR 2001, 307 f.; vgl. dazu ZK-STAEHELIN, N 23 zu Art. 337 OR.

ungerechtfertigten fristlosen Entlassung von einer "Strafzahlung" abgesehen werden kann⁶³. Dies erscheint jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber auf begründeten Verdacht hin, dass der Arbeitnehmer ein Delikt begangen hat – nach zumutbarer Abklärung – dem Arbeitnehmer fristlos kündigt und sich nachträglich der Verdacht als unbegründet erweist⁶⁴. Aus all dem folgt, dass sich die beiden genannten Lehrmeinungen – von den erwähnten Abweichungen abgesehen – im Wesentlichen vorab in ihrer dogmatischen Konstruktion unterscheiden⁶⁵. Welcher Lehrmeinung nun der Vorzug zukommt, wird nachfolgend näher zu prüfen sein.

5. Kritik an der Ablehnung einer Verdachtskündigung und Begründung des eigenen gegenteiligen Standpunktes

a. Zum Standpunkt der Gegner einer Verdachtskündigung

BRÜHWILER ist im Ergebnis mit REHBINDER gegen die Zulassung der Verdachtskündigung, lehnt aber dessen Begründung ab: "Die Annahme, der Verdacht strafbarer Handlungen gegenüber Arbeitnehmern falle ins Unternehmerrisiko des Arbeitgebers und es gelte die im Strafverfahren anwendbare Unschuldsvermutung zu Gunsten des Arbeitnehmers (...), geht insofern in diesem arbeitsrechtlichen Spannungsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu weit"⁶⁶. Zudem ist kritisch anzumerken, dass in Bezug auf die Unschuldsvermutung bei einigen Autoren keine Beschränkung auf strafrechtliche Bereiche oder strafrechtliche Schuld erfolgt, sondern deren Direktwirkung auch auf privates, zivilrechtliches Fehlverhalten ausgedehnt wird. Dies geht nicht an. Das Bundesgericht hat im Jahre 1995 die Anwendung von Art. 6 Abs. 2 EMRK (Unschuldsvermutung) auf Fälle der Verdachtskündigung zu Recht abgelehnt und festgehalten, dass dieser Grundsatz nur im Bereich des Strafrechts gegenüber dem Staat zur Anwendung kommt, wobei die Kündigung übrigens keine Vorverurteilung bedeute⁶⁷. Art. 6 Abs. 2 EMRK bietet auch gemäss einem neueren Entscheid des Bundesgerichtes aus dem Jahre 1999 dem Angeschuldigten den nötigen Schutz nur im Bereich des Strafrechts⁶⁸. Die Unschuldsvermutung findet keine Anwendung im individuell und detailliert vereinbarten Verhältnis zwischen zwei privaten Personen, die sich als Arbeitgeber und Arbeitnehmer in einem rein privatrechtlichen Arbeitsverhältnis gegenüberstehen⁶⁹. EGLI gibt zu, dass die Unschuldsvermutung ihren primären und direkten Anwendungsbereich im Strafrecht gegenüber dem Staat hat und im Privatrecht keine unmittelbare Wirkung entfaltet⁷⁰. Wollte man nun die Anwendung von Art. 6 Abs. 2 EMRK als indirekte Drittwirkung im Sinne des Gebots grundrechtskonformer Auslegung privatrechtlicher Normen verstehen, welche die spezifischen, arbeitsrechtlichen Bestimmungen und auch die persönlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erheblich beeinflussen könnte, so würde dies, wie BRÜHWILER betont, eindeutig zu weit führen. Nach REHBINDER kommt demgegenüber der Grundsatz des Art. 6 Abs. 2 EMRK

(Unschuldsvermutung) im Vertragsrecht indirekt dadurch zum Ausdruck, dass den Arbeitgeber "für das Vorliegen eines Grundes zur ausserordentlichen Kündigung die Beweislast trifft". Letzteres ist in Doktrin und Praxis anerkannt und ergibt sich – ohne Berücksichtigung der Unschuldsvermutung – schon aus dem allgemein anerkannten Grundsatz der Beweislast gemäss Art. 8 ZGB. Dem ist beizufügen, dass die Verdachtskündigung ja auch nicht einer Vorverurteilung gleichkommt⁷¹, also keinen strafrechtlichen Charakter aufweist, sondern lediglich der privatrechtlichen Beendigung eines persönlichen Arbeitsverhältnisses zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer dient⁷².

b. Eigene Begründung der grundsätzlichen Zulassung der Verdachtskündigung

Nach Art. 337 Abs. 2 OR gilt allgemein als wichtiger Grund jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann⁷³. Bei der Verdachtskündigung tritt nun, wie BRÜHWILER ausführt, "die subjektive Seite der Unzumutbarkeit besonders in den Vordergrund". Das Arbeitsverhältnis wird fristlos gekündigt, "weil es dem Kündigenden aufgrund des Verdachts nach seinem subjektiven Empfinden unzumutbar erscheint, das Arbeitsverhältnis mit dem Verdächtigten fortzusetzen"⁷⁴. Ein undifferenziertes und unkritisches Abstellen auf subjektive Empfindlichkeiten würde aber die Gefahr des Missbrauchs fördern. Dem ist entgegenzuwirken. Die subjektive Wertung des Arbeitgebers muss durch Tatsachen, die für den Verlust des Vertrauens ursächlich sind, objektiv fassbar und für das Gericht nachvollziehbar gemacht werden⁷⁵. Der Arbeitgeber hat die Tatsachen und Umstände zu beweisen, die seines Erachtens einen wichtigen Grund für die fristlose Entlassung des Arbeitnehmers darstellen⁷⁶. Zudem muss der Arbeitnehmer bei der fristlosen

63 BGE 121 III 64, 68; 120 II 243, 247; 116 II 300.

64 BGE in JAR 2001, 307.

65 BGE in JAR 2001, 307.

66 J. BRÜHWILER, N 13 zu Art. 337 OR.

67 BGE in JAR 1995, 151 f.

68 BGE vom 9.8.1999 in JAR 2001, 308, der ein Urteil des OGer ZH vom 18.1.1999 bestätigt.

69 Vgl. dazu D. EGLI, 56.

70 D. EGLI, 56.

71 BGE in JAR 1995, 151 f.

72 Vgl. in diesem Sinn etwa D. BELLING, 14 f.

73 Vgl. BGE vom 16.5.2002 i.S. X. AG/A.; JAR 1988, 315, 317; so auch M. REHBINDER, 154 f.; J. BRÜHWILER, N 13 zu Art. 337 OR.

74 J. BRÜHWILER, N 13 zu Art. 337 OR.

75 In diesem Sinn auch D. BELLING, 14 ff.; Dieser Autor ist auch zitiert bei D. EGLI, 75. Der Arbeitgeber hat diese Tatsachen zu beweisen.

76 JAR 1981, 63 f.; JAR 1988, 315; JAR 1989, 139; JAR 1990, 273; JAR 1999, 278; JAR 2001, 304, 306; vgl. D. EGLI, 32, 39 ff.; JAR 1999, 278: "Il incombe à l'employeur de prouver les faits censés justifier le licenciement en cause".

Kündigung in der Regel nicht angehört werden (nur bei der Verdachtskündigung). Aus diesen spezifischen Elementen ergibt sich, dass die Verdachtskündigung nicht ohne weiteres und mit allen Einzelheiten ins System der wichtigen Gründe passt. EGLI führt dazu (unter dem Titel "Verdacht als eigenständiger Kündigungsgrund") weiter aus: "Da sich die Verdachtskündigung nicht ohne weiteres im System der anderen wichtigen Kündigungsgründe einordnen lässt und eine Beweiserleichterung nicht angezeigt ist, kann man ihre Zulässigkeit nur begründen, wenn der Verdacht an sich als selbstständiger und genügender Kündigungsgrund mit eigenen Voraussetzungen – insbesondere, was die Beweislast betrifft – angesehen werden kann. Dies würde bedeuten, dass die den Verdacht auslösenden Tatsachen nicht voll bewiesen werden müssen. Es müsste nur dargetan werden, dass die Situation das Hege eines ernsthaften Verdachts gegen den Arbeitnehmer rechtfertigte. Nicht zu beweisen dagegen wäre, dass sich die vorgeworfenen Verfehlungen tatsächlich ereignet haben"⁷⁷. Zur Zerstörung des gegenseitigen Vertrauens, welche die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht und daher die fristlose Kündigung rechtfertigen kann, genügt tatsächlich schon der objektiv begründete und vom Arbeitnehmer zu verantwortende Verdacht einer Straftat oder sonstigen Verfehlung. Ein strikter Schuldbeweis ist nicht erforderlich⁷⁸. Weil kein Verschulden verlangt wird⁷⁹, ist die Voraussetzung für eine fristlose Entlassung nicht nur dann gegeben, wenn der Arbeitnehmer die Aufklärung des Sachverhalts behindert, sondern auch schon dann, wenn ein objektiv begründeter Verdacht einer Straftat vorliegt, der das Vertrauensverhältnis zerstört, und der Arbeitgeber diesen Verdacht trotz zumutbaren Anstrengungen innert nützlicher Frist nicht ausräumen kann. Diesen Standpunkt bestärken indirekt auch einige Stellen bundesgerichtlicher Entscheide⁸⁰. Andererseits würde ein genereller Ausschluss der Verdachtskündigung dem Erfordernis des auf jeden Einzelfall abgestimmten "Billigkeitsentscheides" und damit dem gesetzgeberischen Willen eindeutig widersprechen⁸¹. Vorausgesetzt ist aber, dass sich der schwerwiegende, objektiv begründete Verdacht auf eine schwere Straftat oder sonstige Verfehlung bezieht⁸². Zu beachten ist, dass in Deutschland das Bundesarbeitsgericht (BAG) in ständiger Rechtsprechung erkannt hat, "dass der bloße Verdacht einer strafbaren Handlung einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung bilden kann"⁸³. In Deutschland – wo ähnliche Verhältnisse und Bestimmungen bestehen – hat übrigens nicht nur die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes und der Instanzgerichte, sondern auch der überwiegende Teil der Lehre "die fristlose Verdachtskündigung unter den vom Bundesarbeitsgericht aufgestellten Bedingungen für grundsätzlich zulässig" erachtet⁸⁴. Die Rechtsprechung und Doktrin unseres Nachbarlandes – mit sehr ähnlichen Einrichtungen und Bestimmungen – ist von besonderer Bedeutung. Zudem gibt es im vielfältigen Bereich der Lebens- und Wirtschaftsverhältnisse oft so schwerwiegenden Verdacht auf derart schwere Straftaten oder Verfehlungen, dass dieser das gegenseitige Vertrauen der Parteien vollständig zerstört. Die praktischen Bedürfnisse des Lebens verlangen gerade in solchen Fällen die

grundsätzliche Zulassung der Verdachtskündigung. Dieser Standpunkt verdient den Vorzug vor einer Mehrheit von Autoren, welche die Zulassung der Verdachtskündigung verneinen. Die Verdachtskündigung muss also grundsätzlich zugelassen werden, und es ist zu hoffen, dass sich das Bundesgericht bei nächster Gelegenheit unserer Ansicht anschliessen wird.

6. Pflicht zur Anhörung des Arbeitnehmers?

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs kommt bei der fristlosen Kündigung grundsätzlich nicht zur Anwendung. REHBINDER erklärt dazu: "Da auch die rechtswidrige Kündigung den Arbeitnehmer um seinen Arbeitsplatz bringt (OR 337c I), ist das Fehlen einer Anhörungspflicht eigentlich rechtsstaatswidrig. Aber der Schweizer Gesetzgeber hat die Sozialstaatswidrigkeit seines Kündigungsrechts gewollt, und an diesem Entscheid kommt auch keine Auslegung des geltenden Rechts vorbei"⁸⁵. STAEHELIN ist gleicher Ansicht: "Die vorherige Anhörung des Kündigungsempfängers ist nicht Erfordernis für die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung. Eine Pflicht zur Anhörung lässt sich auch nicht aus der Treue- oder Fürsorgepflicht ableiten"⁸⁶. Meist gewährt zwar der Arbeitgeber ein Gespräch, was aber nicht besagt, dass dies unerlässlich ist: Die Gewährung des rechtlichen Gehörs ist keine grundsätzliche Voraussetzung für die sofortige Kündigung aus wichtigen Gründen. Im Rahmen der Verdachtskündigung hingegen ist die Frage der Pflicht zur Anhörung des Arbeitnehmers, d.h. das Problem der Gewährung des rechtlichen Gehörs näher zu prüfen. Wenn der Arbeitnehmer die Abklärung des Verdachtes behindert, kann dies – wie entschieden wurde – einen wichtigen Grund für die fristlose Kündigung darstellen⁸⁷. Der Arbeitgeber muss demnach bei begründetem Verdacht auf eine vom Arbeitnehmer begangene Straftat die ihm zumutbaren Abklärungen vornehmen⁸⁸. Es fragt sich daher, ob diese Abklärungspflicht und die damit verbundene Pflicht zur Anhörung des Arbeitnehmers (rechtliches Gehör) auf einer hinreichenden

77 D. EGLI, 42.

78 In diesem Sinne äussern sich auch R. KUHN/G. KOLLER, 5 f.

79 Vgl. ZK-STAEHELIN, N 23 zu Art. 337 OR; J. BRÜHWILER, N 5 zu Art. 337 OR; vgl. dazu auch JAR 1986, 289 f.

80 BGE in JAR 2001, 307 f.; zur Ablehnung der Unschuldsvermutung: BGE in JAR 1995, 151 f.; vgl. dazu auch ZK-STAEHELIN, N 23 zu Art. 337 OR; F. RAPP, 172; vgl. weiter JAR 1980, 289 f.; BJM 1978, 301.

81 In diesem Sinne auch F. RAPP, 169–194.

82 BGE in JAR 2001, 307 f.; vgl. auch D. EGLI, 38, 43, 68 ff.

83 BAGE 2,1; zitiert auch bei D. EGLI, 67 ff.

84 Vgl. dazu die Hinweise von D. EGLI, 67 ff. und 72 ff.; D. BELLING, 11 ff.; M. BUSCH, 217–223.

85 BK-REHBINDER, N 15, 20 zu Art. 337 OR.

86 ZK-STAEHELIN, N 32 zu Art. 337 OR; vgl. auch CHR. BRUNNER, 37.

87 BGE in JAR 2001, 307 f.; vgl. auch BGE vom 8.10.2002 i.S. X. AG /A.

88 BGE in JAR 2001, 307 f.

gesetzlichen oder vertraglichen Grundlage beruhen. BRÜHWILER verneint dies: "Abzulehnen ist eine Anhörungspflicht bei Verdachtskündigungen (a. M. REHBINDER, N 15). Eine solche Pflicht kann dem Gesetze nicht entnommen werden"⁸⁹ und direkt auch nicht dem Arbeitsvertrag. Fehlt daher der Abklärungs- und Anhörungspflicht des Arbeitgebers die gesetzliche oder vertragliche Grundlage? Nein. Zur Begründung könnte man auf das bei der Umschreibung des wichtigen Grundes erwähnte "ultima-ratio-Prinzip" des Kündigungsrechts zurückgreifen und daher die Abklärung sowie die damit verbundene Anhörung als Nebenpflicht im Sinne einer vertraglichen Obliegenheit verstehen⁹⁰. So rechtfertigte zum Beispiel das Bundesarbeitsgericht in Deutschland die Anhörungspflicht damit, dass der Arbeitgeber dieses Prinzip verletzt, wenn er den Sachverhalt nicht soweit wie möglich abklärt. Dazu gehört auch, dass er den Arbeitnehmer anhört und ihm so die Chance zur Entlastung einräumt⁹¹. Die Frage, ob die Unterlassung der Anhörung des Arbeitnehmers zur Unwirksamkeit der Verdachtskündigung führt, wurde in der Schweiz noch nie formell entschieden⁹². In einem Grundsatzentscheid vom Jahre 1985 hat hingegen das Bundesarbeitsgericht diese Frage bejaht⁹³. Die Anhörung des Arbeitnehmers muss – sofern ein solches Gespräch nach den Umständen möglich ist – bei der Verdachtskündigung tatsächlich als Gültigkeitsvoraussetzung betrachtet werden. Hier liegt nämlich kein erwiesener Sachverhalt vor. Es besteht daher die Gefahr, dass ein Unschuldiger von der fristlosen Kündigung betroffen wird⁹⁴. Zudem soll sich der Arbeitgeber bei der Verdachtskündigung im Rahmen seiner Abklärungspflicht durch die Anhörung des Arbeitnehmers grössere Gewissheit über den Sachverhalt verschaffen. Auch nach STAEHELIN hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu den erhobenen Vorwürfen "so weit möglich" anzuhören⁹⁵. REHBINDER seinerseits führt dazu aus: "Bisher ist eine Anhörungspflicht lediglich bei der Verdachtskündigung angenommen worden, was sich insbesondere dann aufdrängt, wenn man mit einem dringenden und schwerwiegenden Verdacht die ausserordentliche Kündigung rechtfertigen will"⁹⁶. STAEHELIN fügt dem noch bei: "Nur bei Verdachtskündigung ist, so weit möglich, eine Anhörung des Arbeitnehmers geboten; deren Unterlassung kann die Kündigung als ungerechtfertigt erscheinen lassen, wenn der Arbeitgeber damit die erforderliche Abklärung des Verdachts unterlässt"⁹⁷. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass u. E. die aufgrund eines schwerwiegenden Verdachts einer Straftat ausgesprochene fristlose Kündigung nur dann gerechtfertigt ist, sofern der Arbeitnehmer vor Aussprechen der Kündigung angehört wurde.

III. Kündigungserklärung und einzuhaltende Fristen

Der dritte Abschnitt befasst sich mit der Kündigungserklärung (Form, Natur, Inhalt, jederzeitige Zulässigkeit) sowie mit den bei der fristlosen Kündigung einzuhaltenden Überlegungsfristen (auch Erklärungsfristen genannt) bzw. Wartezeiten.

1. Form, Natur, Inhalt und Frist der Kündigungserklärung

Die Kündigungserklärung muss klar und unmissverständlich sein⁹⁸. Sie darf, weil mit sofortiger Wirkung die Aufhebung des Arbeitsvertrages bezweckt wird, nicht zweideutig erscheinen⁹⁹. Bei Unklarheit wird im Zweifel "eine ordentliche Kündigung auf den nächsten Termin angenommen"¹⁰⁰. Man kann die Aufforderung, den Arbeitsplatz sofort zu räumen, auch als Freistellung nach ordentlicher Kündigung verstehen¹⁰¹. Die fristlose Kündigung soll zudem nicht bedingt ausgesprochen werden, d.h. sie darf nicht mit Vorbehalten verknüpft sein, ausser wenn die Bedingung allein vom Willen des Arbeitnehmers abhängt¹⁰². Die Kündigungserklärung kann eine fristlose Kündigung enthalten und gleich beifügen, diese gelte nur für den Fall, dass der Arbeitnehmer einen nicht bewilligten Urlaub antritt¹⁰³, oder falls er sich beim beleidigten Mitarbeiter nicht entschuldigt¹⁰⁴. Diese Kündigungserklärung braucht nicht schriftlich zu erfolgen, und der Kündigungsgrund muss nicht angegeben sein (kein Gültigkeitserfordernis). Zwar sprechen U. STREIFF/A. VON KAENEL an vereinzelten Stellen von "der Einführung der Begründungspflicht", fügen aber gleich bei: "Seit dem 1.1.1989 steht dem Empfänger einer fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses das Recht zu, eine schriftliche Begründung zu verlangen"¹⁰⁵. REHBINDER seinerseits präzisiert, dass zwar "der wichtige Grund für die ausserordentliche Kündigung im Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung gegeben sein muss", aber die Angabe des Grundes kein Wirksamkeitserfordernis der Kündigung ist, vielmehr der Gekündigte lediglich Anspruch auf eine spätere Begründung

89 J. BRÜHWILER, N 13 zu Art. 337 OR, 371.

90 Vgl. D. EGLI, 76.

91 Vgl. dazu F.-W. SCHÖNFELD, 302 f.

92 Bei STAEHELIN (ZK-STAEHLIN, N 32 zu Art. 337 OR) findet sich ein Hinweis, der – bei gleichzeitiger Vernachlässigung der Abklärung – in diese Richtung deutet; vgl. auch JAR 1996, 247 und FN 141.

93 BAGE 16, 72. E. I 3.d; vgl. D. EGLI, 70.

94 Vgl. dazu D. EGLI, 70, 73; vgl. auch JAR 1996, 247.

95 ZK-STAEHELIN, N 32 zu Art. 337 OR; vgl. dazu D. EGLI, 27.

96 BK-REHBINDER, N 15, 20 zu Art. 337 OR.

97 ZK-STAEHELIN, N 32 zu Art. 337 OR; vgl. auch JAR 1996, 274.

98 M. REHBINDER, 157; U. STREIFF/A. VON KAENEL, 377; R. WYLER, 375.

99 JAR 1995, 205; vgl. R. WYLER, 375.

100 U. STREIFF/A. VON KAENEL, 377.

101 JAR 1995, 205; vgl. Näheres zum Problem der Freistellung: D. G. HUMBERT, 1058 ff.; ferner A. BLESIG, 88 ff.

102 U. STREIFF/A. VON KAENEL, 377.

103 JAR 1988, 290.

104 G. WACHTER, 47.

105 U. STREIFF/A. VON KAENEL, 377; vgl. zur Frage, ob diese Bestimmung des Art. 337 Abs. 1 OR eine blosse Ordnungsvorschrift oder grundsätzlich klagbar ist: dessen Ausführungen zu Art. 335 OR N 14.

hat¹⁰⁶. Darum kann sich der Kündigende auf alle, also auch auf Gründe berufen, die er erst später entdeckt hat (sog. Nachschieben von Kündigungsgründen). Vorausgesetzt ist aber, dass diese Gründe schon im Zeitpunkt der Kündigungserklärung bestanden haben¹⁰⁷. Die schriftliche Begründung, welche der Arbeitnehmer verlangen kann, erlaubt ihm, besser zu beurteilen, ob er die fristlose Auflösung des Arbeitsvertrages anerkennen oder anfechten will¹⁰⁸. Ein Schutz des Vertrauens auf die schriftliche Angabe von Gründen kommt jedoch in der Regel, besonders bei schweren Vertragsverletzungen (z.B. bei Straftaten zum Nachteil des Arbeitgebers), nicht in Betracht, weil ein Beharren auf der früheren Begründung rechtsmissbräuchlich wäre¹⁰⁹. Ihrer Natur nach ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die ihre Wirkung erst entfaltet, sobald sie in den Bereich des Adressaten gelangt¹¹⁰. In einem kantonalen Entscheid wird beigelegt, die Kündigung sei ein empfangsbedürftiges Gestaltungsrecht und gelte "schon als vom Adressaten empfangen, wenn dieser von der Kündigung nach Treu und Glauben hätte Kenntnis nehmen können"¹¹¹ bzw. "wenn der Kündigungsgegner sie zur Kenntnis nimmt". Es komme dabei unter bestimmten Umständen (z.B. Ferien oder Militärdienst) vor, dass der Arbeitnehmer "nicht angehört werden" und daher während "dieser Zeit nichts unternehmen" kann, was den Verdacht bezüglich der vorgeworfenen Verfehlungen entkräftet hätte¹¹². Schliesslich ist der Vollständigkeit halber noch beizufügen, dass der Arbeitgeber nach Art. 337 Abs. 1 OR die Kündigungserklärung aus wichtigen Gründen "jederzeit" abgeben und das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen kann. WYLER führt unter Berufung auf diese Bestimmung ebenfalls aus, die Kündigung aus wichtigem Grund könne jederzeit erfolgen, sogar während der Sperrfristen des Art. 336c Abs. 1 OR¹¹³.

2. Erklärungsfristen und ihr beschränkter Anwendungsbereich

a. Allgemeines

Eine fristlose Kündigung muss innert einer kurzen Erklärungsfrist nach Kenntnis des wichtigen Grundes erfolgen, weil sonst anzunehmen ist, dieser Grund lasse die Fortführung des Arbeitsverhältnisses bis zur ordentlichen Kündigung subjektiv nicht als unzumutbar erscheinen¹¹⁴. Kenntnis bedeutet sicheres und möglichst vollständiges Wissen um die massgebenden Tatsachen sowie um die weiteren, vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, die (zusammen) dem Berechtigten die abgewogene und verantwortungsvolle Entscheidung darüber ermöglichen, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses noch zumutbar ist oder nicht¹¹⁵.

b. Einzelne Erklärungsfristen

Die fristlose Kündigung muss nach REHBINDER "innert angemessener Frist", gemäss SCHWEINGRUBER "sofort geltend gemacht werden, d.h. sofort nach Kenntnis des wichtigen Grundes"¹¹⁶. STREIFF/VON KAENEL führen aus: "Eine fristlose Auflösung ist umgehend zu erklären, sobald der Kündi-

gungsgrund zur sicheren und möglichst vollständigen Kenntnis gelangt ist"¹¹⁷. Die Tatsache, dass die Erklärungsfrist eingehalten ist, muss der Kündigende beweisen¹¹⁸. Andernfalls wird angenommen, das Einhalten der Kündigungsfrist "sei für den Kündigenden subjektiv zumutbar gewesen, und das Recht auf sofortige Vertragsauflösung ist verwirkt"¹¹⁹. In der Literatur und Rechtsprechung wird nun die Frage, wie viele Tage mit "sofort", "umgehend" oder "innert angemessener Frist" gemeint sind, unterschiedlich beantwortet¹²⁰. BRÜHWILER¹²¹ und VISCHER¹²² gehen von einer Bedenkzeit von zwei bis drei Tagen aus¹²³. Nach REHBINDER kommen in der Regel bis zu drei Werktagen in Betracht¹²⁴. Auch das Bundesgericht führt aus: "Eine fristlose Kündigung

106 M. REHBINDER, 157 – vgl. auch Rz 135. R. WYLER erklärt ebenfalls: "Le non-respect de l'obligation de motiver n'affecte cependant pas la validité de la résiliation. La solution est la même que celle qui est prévue par l'art. 335 al. 2 CO; cf. BGE 121 III 60 = JDT 1996 I 47".

107 M. REHBINDER, 157 f.

108 Botschaft, BBl 1984 II, 610. Klar ist, dass man den Fall diesbezüglich gleich behandelt wie Art. 335 Abs. 2 OR.

109 Art. 2 Abs. 2 ZGB; M. REHBINDER, 157; vgl. auch JAR 1995, 210; a.M. Botschaft – BBl 1984 II 611 und JAR 1984, 276.

110 BGE vom 5.4.2000 = JAR 2001, 268, 269; 113 II 259, 261; JAR 1986, 115.

111 AGER; AN 990827 vom 12.10.2000.

112 AGER; AN 980502 vom 11.11.1998. Die Gewährung des rechtlichen Gehörs ist zwar bei der ausserordentlichen Kündigung (fristlose Entlassung) nicht eine eigentliche Voraussetzung. Aber es ist trotzdem von gewisser Bedeutung, wenn der Arbeitgeber die Kündigung etwas hinausschiebt, um dem Arbeitnehmer eine mündliche Stellungnahme etwa im Sinne des rechtlichen Gehörs zu gewähren und ihn zugleich um Gutmachung zu ersuchen.

113 Wörtlich erklärt R. WYLER (374) dazu: "Une résiliation avec effet immédiat pour justes motifs peut être notifiée en tout temps, même durant l'une des périodes de protection contre les congés instaurées par l'art. 336c al. 1 CO. Le 29 juin 1999, le Tribunal fédéral s'est prononcé pour la première fois sur cette question en confirmant la doctrine unanime: CHR. BRUNNER/J.-M. BÜHLER/J.-B. WAEBER, 214 n. 1 ad art. 336c CO; J.-L. DUC/O. SUBILIA, 430 n. 5 ad art. 336c CO; BK-REHBINDER, 108 n. 1 ad art. 336c CO; B. SCHNEIDER, 53; A. STAEHELIN, 592 n. 3 ad art. 336c CO".

114 BGE 112 II 41; 97 II 142; vgl. BK-REHBINDER, N 16 zu Art. 337 OR; F. VISCHER, 180; G. WACHTER, 37, 47 ff.

115 OGer ZH JAR 1990, 272 f.; vgl. auch CHR. BRUNNER, 81.

116 M. REHBINDER, 156 f.; E. SCHWEINGRUBER, 256 f.; R. WYLER, 363; vgl. auch BGE in JAR 1994, 223; BGE vom 8.10.2002 i.S. X. AG/A.

117 U. STREIFF/A. VON KAENEL, 376; vgl. JAR 1990, 272.

118 M. REHBINDER, 156 f.; U. STREIFF/A. VON KAENEL, 376; vgl. auch JAR 1990, 273; BGE in JAR 1981, 63.

119 BGE 123 III 86; 99 II 308; 97 II 142, 146.

120 Vgl. BGE vom 8.10.2002 i.S. X. AG/A.

121 J. BRÜHWILER, N 10 zu Art. 337 OR, 368 f.

122 F. VISCHER, 180.

123 Vgl. JAR 1994, 223; JAR 1998, 243.

124 M. REHBINDER, 157; vgl. BGE in JAR 1998, 234.

muss innert zwei bis drei Tagen seit dem pflichtwidrigen Verhalten, das den Entlassungsgrund bildet, ausgesprochen werden¹²⁵. Dies gilt bei klaren Fällen, wobei immerhin zu berücksichtigen ist, dass bei juristischen Personen "mit komplizierten Mechanismen der Entscheidung" und "einer aufwendigen Willensbildung" eine Woche oder sechs Arbeitstage in Betracht kommen¹²⁶. Dieser Standpunkt wurde vom Bundesgericht bestätigt: "Einer AG wird eine Erklärungsfrist von 6 Tagen zugestanden, da der Entscheid, dem Arbeitnehmer zu kündigen, von einem mehrköpfigen Verwaltungsrat gefällt wird¹²⁷. STREIFF/VON KAENEL sodann nehmen an, die Frist werde wohl in den seltesten Fällen mehr als eine Woche betragen¹²⁸. STAEHELIN seinerseits geht zwar auch von zwei bis drei Tagen aus, anerkennt aber, dass in komplexen Fällen eine längere Bedenkzeit einzuräumen ist, vorab bei arbeitsfreien Wochenenden¹²⁹. Im Fall *Kuhn* bezeichnete das Arbeitsgericht Zürich eine Bedenkzeit von 10 Tagen als zu lang, hielt aber in einem anderen Entscheid eine Frist von 14 Tagen als zulässig¹³⁰. In § 626 Abs. 2 BGB wird statuiert: "Die Kündigung kann nur innerhalb von zwei Wochen erfolgen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung massgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt"¹³¹.

c. Kritik an solch rigorosen Fristen und Beschränkung ihres Anwendungsbereichs

Nur die Frist von "bis zu drei Tagen" kann als allgemein feststehend und anwendbar betrachtet werden. Wer nämlich nach hinreichender Kenntnis des wichtigen Grundes innert einem oder zwei bzw. drei Tagen kündigt, hat die Kündigungserklärung in jedem Fall rechtzeitig abgegeben. Diese Formulierung ist einfacher, klarer und zutreffender als die in Doktrin und Rechtsprechung genannten "2–3 Tage". Diese kurze Frist hat den Vorteil einer einfachen Rechtsanwendung und dient der Rechtssicherheit. Zwar darf der Arbeitnehmer, welcher in schwerer Weise gegen die Vertragspflicht verstösst, nicht dauernd in der Ungewissheit bleiben, sofort entlassen zu werden. Die Gewährung einer Erklärungsfrist von maximal drei Tagen in allen Fällen beeinträchtigt aber die Interessen des Arbeitnehmers nicht in unzulässiger Weise. Im gleichen Zusammenhang wird bei Aktiengesellschaften oft als ebenfalls feststehend die Frist von sechs Tagen genannt. Dies ist nicht ganz zutreffend. Es gibt nämlich Einmann-Gesellschaften mit einem einzigen Verwaltungsrat, bei denen die Willensbildung nicht aufwendiger ist als bei einer Einzelperson, und andererseits Holding-Gesellschaften mit internationalem Wirkungskreis, bei denen der Verwaltungsrat je nach Zahl und Zusammensetzung für die Willensbildung mehr als sechs Tage beansprucht. Andererseits zeigen die obgenannten Abweichungen (sechs, zehn oder vierzehn Tage usw.) und die uneinheitlichen Entscheide der kantonalen Gerichte¹³², dass auf so kurze Vorgaben und Fristen bei komplizierten Fällen und speziellen Situationen wie z.B. Abwesenheit, Ferien und Militärdienst des Arbeitnehmers nicht abgestellt werden kann, oder dann erst später, sobald die Hindernisse beseitigt sind. Die besonderen Umstände der Arbeitsver-

hältnisse sowie die praktischen Erfordernisse des Alltags- und Wirtschaftslebens lassen sich nicht auf einfache Fälle (Frist von zwei bis drei bzw. sechs Tagen) beschränken und verlangen daher oft andere, von diesen Vorgaben abweichende Lösungen. Dabei bestimmt sich die Frage, wie lange der Arbeitgeber mit der Erklärung der fristlosen Entlassung zuwarten darf, "nicht nach einem absoluten Massstab"¹³³. SCHNEIDER kritisiert daher zu Recht die starre und "einen-gende" Strenge ("rigueur excessive") der Rechtsprechung. Für ihn gilt zwar weiterhin, dass beim Vorliegen eines wichtigen Grundes eine möglichst rasche Reaktion erfolgen soll. Dies hindere jedoch nicht, dass man im vielfältigen Bereich der Arbeitsverhältnisse, bei komplizierten Fällen und besonderen Situationen nach neuen Kriterien suchen muss¹³⁴. Diese Ansicht wird, unter Berufung auf SCHNEIDER, zu Recht auch von WYLER vertreten, welcher bei der Beurteilung der Erklärungsfristen zudem auf die Berücksichtigung und Bedeutung der besonderen Umstände und Situationen hinweist¹³⁵. In diesem Sinne äussert sich nun auch das Bundesgericht in seinem jüngsten Entscheid vom 16. Mai 2002 i.S. X. AG/A.: "Nach den Umständen des konkreten Falles ist zu entscheiden, innert welcher Frist dem Berechtigten billigerweise ein Entschluss darüber zuzumuten ist¹³⁶, ob er von seinem Recht zur fristlosen Aufhebung des Vertrages Gebrauch machen will. Ein Hinauszögern über die Zeitspanne von einigen wenigen (zwei bis drei) Arbeitstagen, die zum Nachdenken und Einholen von Rechtsauskünften ausreichen sollte, ist aber nur dort zulässig, wo es mit Rücksicht

125 JAR 1994, 223; JAR 1998, 234.

126 M. REHBINDER, 157; U. STREIFF/A. VON KAENEL, 376; vgl. JAR 1997, 208.

127 JAR 1997, 208.

128 U. STREIFF/A. VON KAENEL, N 17 zu Art. 337 OR.

129 ZK-STAEHELIN, N 35 zu Art. 337 OR; vgl. auch BGE vom 16.5.2002 i.S. X. AG/A.

130 JAR 1990, 254 (in diesem Fall wurde der Arbeitnehmer freigestellt). Vgl. U. STREIFF/A. VON KAENEL, 376.

131 § 626 Abs. 2 BGB fügt noch bei: "Der Kündigende muss dem anderen Teil auf Verlangen den Kündigungsgrund unverzüglich schriftlich mitteilen".

132 BGE vom 8.10.2002 i.S. X. AG/A. Vgl. auch den Nachweis bei U. STREIFF/A. VON KAENEL, N 17 zu Art. 337 OR; BK-REHBINDER, N 16 zu Art. 337 OR.

133 BGE in JAR 1997, 208 f.; vgl. BGE 69 II 312; 97 II 142; vgl. auch G. WACHTER, 41 f.

134 B. SCHNEIDER, 64 f. R. WYLER (373) fasst dessen Standpunkt wie folgt zusammen: "Il critique la rigueur excessive de la jurisprudence; pour lui, si une réaction rapide doit être exigée, cela n'interdit pas d'avoir des égards; ainsi, si l'employeur attend que l'employé, absent pour cause d'incapacité ou de vacances, revienne pour lui signifier son renvoi immédiat, il n'est pas forclos".

135 R. WYLER, 372 f.: "Nous approuvons ce point de vue, qui se classe dans les circonstances particulières".

136 Es wird hier also auf die "Billigkeit" besonders hingewiesen. Die Frage, was billig ist, beantwortet der Richter weitgehend nach seinem Ermessen.

auf die praktischen Erfordernisse des Alltags- und Wirtschaftslebens als verständlich und berechtigt erscheint"¹³⁷. WACHTER fügt in diesem Zusammenhang zu Recht noch bei, dass bei einem klaren Sachverhalt anders vorgegangen werden kann als in Fällen, bei denen z.B. zuerst Abklärungen notwendig sind oder die Verfehlungen erst langsam an den Tag treten¹³⁸. Es geht also letztlich nicht nur um die Frist von "bis zu drei Tagen", sondern in vielen Fällen vorab auch um die Frage, wann diese Frist zu laufen beginnt, falls sich der Arbeitnehmer z.B. in den Ferien befindet oder Militärdienst leistet¹³⁹, d.h. um die Antwort auf die Frage, in welchen Fällen die Erklärungsfrist erst nach einer so genannten Wartefrist zu laufen beginnt.

3. Aufschiebung des Beginns der Erklärungsfrist

Nachstehend werden die Gründe geprüft, die einen Aufschiebung des Beginns der Erklärungsfrist bewirken können. Es gibt mehrere, wobei die nachfolgende Aufzählung nur beispielhaften und keineswegs abschliessenden Charakter hat.

a. Anhörung des Arbeitnehmers, Gelegenheit zur Wiedergutmachung, Abklärung – zusätzliche Gewährung einer Erklärungsfrist?

Vorerst fragt sich, ob die Erklärungsfrist bzw. der Beginn dieser Frist aufgeschoben wird, wenn der Arbeitgeber vor der Kündigung den Arbeitnehmer anhören und ihm Gelegenheit zur Wiedergutmachung bieten will oder weil das Vorliegen eines wichtigen Grundes noch abgeklärt werden muss. Ein solcher Aufschiebung liegt – wie ausgeführt – bei der Verdachtskündigung vor, weil hier ein grundsätzlicher Anspruch auf Anhörung besteht und der Arbeitgeber daher mit der Kündigungserklärung soweit als möglich zuwarten muss, bis er im Rahmen seiner Aufklärungspflicht den Arbeitnehmer angehört und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme geboten hat¹⁴⁰. Keinen Aufschiebung gewährt die beabsichtigte Anhörung hingegen bei den übrigen Fällen fristloser Kündigung, weil der Gesetzgeber dort eine solche Anhörungspflicht gar nicht wollte, obwohl sozialpolitische und staatsrechtliche Gründe eine solche Anhörung nahe gelegt hätten¹⁴¹. Hingegen kann ein Grund zum Aufschiebung der Erklärungsfrist unter anderem darin liegen, dass dem fehlbaren Teil noch Gelegenheit geboten werden soll, ein den wichtigen Grund der fristlosen Kündigung bildendes, vom Arbeitnehmer begangenes Unrecht wieder gutzumachen¹⁴². Im ähnlichen Sinne äussert sich auch das Obergericht Zürich im Entscheid vom 21. September 1989: "In einzelnen Fällen ist eine fristlose Entlassung nach einer Wartezeit von einigen Wochen oder erst nach Monaten als rechtzeitig geschützt worden, weil dem Arbeitnehmer erkennbar Gelegenheit gegeben werden sollte, sich zu bewähren (SJZ 50/1954, 100), oder weil berufliches Unvermögen zur Entlassung führte, das sich erst nach einiger Zeit gezeigt hatte (BGE 97 II 142), oder weil die provisorische Weiterbeschäftigung eines Arztes zum Schutz von Leben und Gesundheit Dritter erforderlich war (BGE 104 Ia 166). Ein

Zuwarten über die üblichen wenigen Tage hinaus muss jedenfalls mit vernünftiger Überlegung begründbar sein"¹⁴³. Ein Hinauszögern über die Zeitspanne von einigen (wenigen) Tagen wird nur dort zugelassen, wo es "mit Rücksicht auf die praktischen Erfordernisse des Alltags- und Wirtschaftslebens als selbstverständlich und berechtigt erscheint"¹⁴⁴. In einem ähnlichen Fall verlangte zudem die Rechtsprechung, dass sich z.B. der Versöhnungsversuch "innerhalb einer verhältnismässig kurzen Zeitspanne abwickelt und der auflösungsberechtigte Teil deutlich den Willen zum Ausdruck bringt, beim Scheitern des Versuchs die fristlose Kündigung auszusprechen"¹⁴⁵. Mit dem Erfordernis "einer verhältnismässig kurzen Zeitspanne" wird wohl zum Ausdruck gebracht, dass diese Frist jedenfalls länger ist als zwei bis drei oder sechs Tage und deren Dauer im Anwendungsfall vom Richter nach seinem Ermessen festgesetzt werden soll. Ein wichtiger Grund zum Aufschiebung des Fristenlaufs liegt sodann auch darin, dass der Kündigungsgrund nicht hinreichend feststeht und daher noch näher abgeklärt werden muss. In vielen Fällen ist es nicht möglich, die Überlegungszeit "in eine Abklärungsfrist und eine Überlegungsfrist einzuteilen"¹⁴⁶. Wenn zuerst Abklärungen nötig sind, das Ausmass abgeschätzt werden muss oder die Verfehlungen erst langsam an den Tag treten, wird sich die Überlegungsfrist notwendigerweise erst an die Abklärungsfrist anschliessen. Ist der Vorwurf als solcher jedoch schon von Anfang an klar und daher nur zu ermitteln, ob er zutrifft und hinreichend erwiesen ist oder nicht, so kann sich der Arbeitgeber schon während der Abklärungszeit überlegen, wie er reagieren will, wenn sich der Vorwurf als zutreffend erweist. In einem solchen Fall darf gemäss dem Bundesgericht verlangt werden, "dass er die fristlose Kündigung sofort ausspricht, ohne dass ihm noch eine Überlegungsfrist gewährt werden muss"¹⁴⁷. Dieser letztere Standpunkt vermag nicht zu überzeugen. Das Bundesgericht anerkennt zwar, dass nötige Abklärungen (ähnliches gilt bei Ferien und Militärdienst) die Überlegungs- bzw. Erklärungsfrist an sich nur aufschieben, macht aber dann eine

137 BGE vom 16.5.2002 i.S. X. AG/A. BGE in JAR 1997, 208 f.; BGE 93 II 18 f.; 69 II 311 f.; Urteil 4C. 282/1994 vom 21.6.1995, JAR 1997, 208 f.; bestätigt im unveröffentlichten Urteil 4C. 382/1999 vom 2.3.1999.

138 G. WACHTER, 42 ff.

139 BGE vom 15.6.2002 i.S. X. AG/A.; vgl. auch R. WYLER, 267 f.

140 ZK-STAEHELIN, N 32 zu Art. 337 OR; D. EGLI, 27; BK-REHBINDER, N 15, 20 zu Art. 337 OR; vgl. JAR 1996, 247.

141 JAR 1996, 247; vgl. auch BK-REHBINDER, N 15, 20 zu Art. 337 OR; ZK-STAEHELIN, N 32 zu Art. 337 OR.

142 JAR 1997, 208 f.; BGE 69 II 323.

143 JAR 1990, 273 f.

144 JAR 1990, 273 f.; vgl. auch JAR 1997, 208 f.; BGE 69 II 323.

145 JAR 1997, 208 f.

146 BGE vom 15.6.2002 i.S. X. AG/A.

147 BGE vom 15.6.2002 i.S. X. AG/A.

unnötige Ausnahme, die der Rechtssicherheit abträglich ist. Es kommt nämlich vor, dass dieser Standpunkt des Bundesgerichtes beachtenswerten, praktischen Interessen des Arbeitgebers und oft auch des Arbeitnehmers widerspricht, die auch in solchen Fällen nach Wegfall des Hindernisses (Ferien, Militärdienst usw.) noch die Gewährung einer "Nachfrist" von drei Tagen verlangen. Der Arbeitgeber möchte, obwohl dies bei der fristlosen Kündigung nicht vorgesehen ist, den Arbeitnehmer zum Beispiel vorher noch anhören, ihm Gelegenheit zur Stellungnahme bieten oder die Folgen der fristlosen Entlassung friedlich "bereinigen", was auch im Interesse des Gekündigten liegt. Dies darf selbst bei der vom Bundesgericht in seinem Entscheid erwähnten Situation nicht mit der Verweigerung einer Nachfrist oder gar mit der Verwirkung bestraft werden. Diese kurze Frist von drei Tagen ist übrigens selbst dann zu gewähren, wenn der Arbeitgeber nie die Absicht hatte, diese im Interesse des Arbeitnehmers zu nutzen. Wegen einer so kurzen Frist von nur drei Tagen sollen nämlich vom Richter in Bezug auf diese Nachfrist keine näheren Abklärungen und heikle Ermessensentscheide verlangt werden, was der Rechtssicherheit in hohem Masse abträglich wäre. Schliesslich ist noch festzuhalten, dass Abklärung, Ferien und Militärdienst den Aufschub des Beginns dieser Erklärungsfristen bewirken, diese Fristen aber nicht abändern oder sogar hinaufziehen. Aus all diesen Gründen ist (auch im Interesse der Rechtssicherheit) nach Wegfall des Hindernisses in jedem Fall noch eine Erklärungsfrist von drei Tagen zu gewähren.

b. Militärdienst und Ferien als Gründe für den Aufschub

Wie bereits erwähnt, liegt ein weiterer Grund zum Aufschub des Beginns der Erklärungsfrist vor, wenn der Arbeitnehmer in den Ferien weilt oder Militärdienst leistet. Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. e OR darf bei der ordentlichen Kündigung – nach Ablauf der Probezeit – der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, wenn der Arbeitnehmer schweizerischen obligatorischen Militär- oder Zivildienst leistet. Die Kündigung, welche innert einer solchen Sperrfrist erklärt wird, ist nach Art. 336 Abs. 2 OR nichtig¹⁴⁸. Demgegenüber kann der Arbeitgeber nach Art. 337 Abs. 1 OR aus wichtigen Gründen jederzeit das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen. Diese fristlose Kündigung darf also auch dann erfolgen, wenn sich der Arbeitnehmer im Militärdienst befindet¹⁴⁹. WYLER führt unter Bezugnahme auf Art. 337 Abs. 1 OR zu Recht aus, die sofortige Kündigung aus wichtigem Grund könne jederzeit erfolgen, sogar während der Sperrfristen des Art. 336 Abs. 1 OR¹⁵⁰. Die Leistung des obligatorischen Militär- und Zivildienstes erfolgt in "Erfüllung gesetzlicher Pflicht"¹⁵¹. Freiwillige Dienstleistungen (z.B. Wehrsport) hingegen erfolgen nicht in Erfüllung gesetzlicher Pflichten¹⁵². In Bezug auf den Aufschub des Beginns der Erklärungsfrist verhält es sich nun bei einem Arbeitnehmer, der Militärdienst leistet, ähnlich wie bei jenem, der in den Ferien weilt¹⁵³. Die fristlose Kündigung kann auch dann (gültig) ausgesprochen werden, wenn der Ar-

beitnehmer zu diesem Zeitpunkt seinen obligatorischen Militärdienst leistet oder in den Ferien weilt¹⁵⁴. Da nun die Kündigung eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist, entfaltet sie ihre Wirkung erst, sobald sie in den Bereich des Arbeitnehmers gelangt, wenn dieser nach Treu und Glauben von ihr hätte Kenntnis nehmen können oder Kenntnis genommen hat¹⁵⁵. Unter diesem Gesichtspunkt braucht nach dem Bundesgericht und dem Arbeitsgericht Zürich ein Arbeitnehmer, der in den Ferien weilt (erst recht, wenn er Militärdienst leistet), nicht damit zu rechnen, dass ihm eine fristlose Kündigung zugestellt wird¹⁵⁶. Eine solche Zustellung der Kündigung an die Ferienadresse würde nach der Rechtsprechung sogar den "Erholungszweck der Ferien vereiteln, auf dessen Erfüllung der Arbeitnehmer grundsätzlich Anspruch hat"¹⁵⁷. Umgekehrt hat bei dieser Sachlage, wie das Bundesgericht ausführt, der Arbeitgeber nach Treu und Glauben davon auszugehen, dass seine Kündigung erst nach der Rückkehr des Arbeitnehmers aus den Ferien (oder aus dem Militärdienst) gelesen wird und demnach erst dann ihre Wirkung entfaltet¹⁵⁸. Wenn nun in solchen Fällen die an sich gültige, fristlose Kündigung erst nach Beendigung der Ferien oder des Militärdienstes ihre Wirkung entfaltet¹⁵⁹, so ist es in Bezug auf die Wirkung unerheblich, wenn der Arbeitgeber, statt vorher, nun die Kündigung erst nach Ende der Ferien oder des Militärdienstes ausspricht. Es ergibt

148 Vgl. M. REHBINDER, 136, 149; U. STREIFF/A. VON KAENEL, 163.

149 Dies entspricht – neben dem Gesetzestext – auch einer gewissen Logik. Vom Arbeitgeber, der z.B. durch ein deliktisches Verhalten des Arbeitnehmers äusserst schwer betroffen ist, darf man in guten Treuen einfach nicht mehr verlangen, dass er unter Umständen (z.B. längerer Militärdienst des Arbeitnehmers) mit der Kündigung noch lange zuwartet.

150 R. WYLER, 374; so auch: D. G. HUMBERT, 129 ff.

151 U. STREIFF/A. VON KAENEL, 163. Zum obligatorischen Dienst gehört auch der Feuerwehrdienst, der Einsatz im Katastrophenhilfskorps und die MFD-Dienstleistung; vgl. JAR 1983, 152; ARV 1981, 6; ZK-STAEHELIN, N 14 zu Art. 337 OR.

152 U. STREIFF/A. VON KAENEL, 163. Dort finden sich Ausführungen darüber, dass auch die Promotions- und Beförderungskurse zum obligatorischen Dienst gehören usw.

153 Vgl. diesbezüglich Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 1997 und 1998, Nr. 25, 44 ff.; AGer, AN 990827 vom 12.10.2000; JAR 2001, 267; R. WYLER, 267 f. und 372, 378.

154 BGE in JAR 2001, 268 f.; R. WYLER, 267 f.

155 Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 1997 und 1998, Nr. 25, 44 ff.; AGer, AN 990827 vom 12.10.2000; BGE in JAR 2001, 268 f.; BGE 121 III 467; 113 II 259.

156 BGE in JAR 2001, 267 f.; R. WYLER, 268; vgl. hierzu das illustrative Beispiel in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 1997 und 1998, Nr. 25, 44 ff.

157 Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 1997 und 1998, Nr. 25, 44 ff.; vgl. auch U. STREIFF/A. VON KAENEL, N 2 zu Art. 329a OR; R. WYLER (268) äussert sich im gleichen Sinn: "Les vacances ont en effet été instituées pour que le travailleur puisse se reposer sans avoir à penser à son travail".

158 BGE in JAR 2001, 267.

159 Vgl. R. WYLER, 268.

nämlich keinen praktischen Sinn zu verlangen, dass die Kündigung (Art. 337 OR) schon während der Zeit, in der keine Arbeitspflicht besteht (Militärdienst usw.), erfolgen muss, während deren Wirkung gleichwohl erst nach Beendigung des Militärdienstes oder der Ferien eintritt. Diese Ansicht wird in der Doktrin auch durch SCHNEIDER und WYLER vertreten, welche ausführen, wenn der Arbeitgeber mit der fristlosen Kündigung zuwartet, bis der Arbeitnehmer, welcher in den Ferien weilt (oder Militärdienst leistet), wieder zurück ist, hat er die Erklärungsfrist nicht "verpasst"¹⁶⁰. Auch aus sachlichen Gründen muss – wie oben eingehend ausgeführt wurde – die Erklärungsfrist von drei Tagen in jedem Fall erst nach Wegfall des "Hindernisses" beginnen.

IV. Folgen der fristlosen Entlassung

Schliesslich sind kurz die Folgen der fristlosen Entlassung aufzuzeigen (Art. 337b Abs. 1 und Art. 337c OR). Bei gerechtfertigter fristloser Kündigung, d.h. wenn ein wichtiger Grund für die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorliegt und dieser Grund in einer schuldhaften Vertragsverletzung des Arbeitnehmers besteht, hat dieser nach Art. 337b Abs. 1 OR dem Kündigenden vollen Schadenersatz zu leisten, den der Richter nach freiem Ermessen festsetzt¹⁶¹. Dazu gehören alle aus dem Arbeitsverhältnis entstehenden Forderungen sowie der entgangene Gewinn. Darauf kann nicht zum Voraus verzichtet werden. Die Insertionskosten (neue Ausschreibung der Stelle) hingegen sind nicht zu ersetzen, weil diese ja auch bei einer ordentlichen Kündigung entstanden wären¹⁶². Nach REHBINDER käme an sich in analoger Anwendung des Art. 337c Abs. 3 OR noch eine Entschädigung in Frage¹⁶³. War die fristlose Entlassung hingegen unbegründet (kein wichtiger Grund), ist das Arbeitsverhältnis trotz einer rechtswidrigen Kündigung tatsächlich und rechtlich beendet. Der Arbeitnehmer hat lediglich einen Schadenersatzanspruch (Art. 337c Abs. 1 und Art. 337d Abs. 1 OR) sowie Anspruch auf eine "sog. Entschädigung" (Art. 337c Abs. 3 OR), die den Doppelcharakter einer Rechtsverletzungsbusse und einer Genugtuung hat¹⁶⁴. Sofern nichts Günstigeres vereinbart ist (Art. 362 OR), bemisst sich der Schadenersatzanspruch des Arbeitnehmers wegen der sofortigen, ungerechtfertigten Entlassung einmal nach dem entgangenen Verdienst. Bei Arbeitsverhältnissen mit bestimmter Vertragsfrist ist der Lohn geschuldet bis zum Ablauf der vorgesehenen Zeit und bei Arbeitsverhältnissen mit unbestimmter Vertragszeit bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist¹⁶⁵. Zum Verdienstausfall gehören neben dem eigentlichen Lohn auch alle aus dem Arbeitsverhältnis erwachsenden Vorteile¹⁶⁶. Eventuelle Einsparungen (z.B. Transportkosten zum Arbeitsplatz) muss sich der Arbeitnehmer jedoch anrechnen lassen. Zusätzlich zum Schadenersatz muss der Richter dem Arbeitnehmer nach freiem Ermessen noch eine Entschädigung zusprechen, die jedoch über sechs Monatslöhne nicht hinausgehen darf¹⁶⁷. Von einer Pönalentschädigung ist gemäss Bundesgericht und Arbeitsgericht Zürich grundsätzlich nur dann ganz ab-

zusehen, wenn das Vorgehen des Arbeitgebers als besonders verständlich erscheint und demzufolge ein Grenzfall darstellt¹⁶⁸. Keine Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR ist geschuldet, sofern der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis berechnungsgemäss fristlos auflöst¹⁶⁹.

Literatur:

- BELLING DETLEV, Die Verdachtskündigung, in: Festschrift für Otto Rudolf Kissel zum 65. Geburtstag, München 1994, 11 ff.
 BLESİ ALFRED, Die Freistellung des Arbeitnehmers, Zürich 2000.
 BRÜHWILER JÜRIG, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. A., Bern 1996.
 BRUNNER ANDREAS BERNHARD, Die ausserordentliche Kündigung des Arbeitsvertrages, nach schweizerischem – im Vergleich zum deutschen Recht, Diss. Zürich 1979.
 BRUNNER CHRISTIANE/BÜHLER JEAN-MICHEL/WAEBER JEAN-BERNHARD, Commentaire du contrat de travail, 2. A., Lausanne 1996.
 BUSCH MATHIAS, Die Verdachtskündigung im Arbeitsrecht, MDR 1995, 217–223.
 DUC JEAN-LOUIS/SUBILIA OLIVIER, Commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne 1998.

160 B. SCHNEIDER, 64 f.: "Il n'est pas forclos". So auch R. WYLER (373), der sich dieser Ansicht anschliesst und zudem auf die grosse Bedeutung der besonderen Umstände hinweist: "Nous approuvons ce point de vue, qui se classe dans les circonstances particulières". Vgl. auch Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 1997 und 1998, Nr. 25, 44 ff.

161 Vgl. auch Art. 337b Abs. 2 OR und BGE vom 8.10.2002 i.S. X. AG/A.; vgl. M. REHBINDER, 158 f.; R. WYLER, 381.

162 BE SJZ 1974, 265; KGer SG JAR 1986, 193; demgegenüber OGer ZH JAR 1983, 82.

163 M. REHBINDER, 158; vgl. JAR 1993, 214.

164 Vgl. auch A. VON KAENEL, 28 f.; M. REHBINDER, 158 f.; gemäss BGE 123 III 391 ff. = JAR 1998, 201 (Präzisierung der Rechtsprechung) kommt der bei missbräuchlicher Entlassung in Art. 336a und 337c Abs. 3 OR vorgesehenen Entschädigung "nicht nur eine pönale Funktion zu, sondern sie hat auch Genugtuungscharakter. Daher sind bei ihrer Bemessung neben dem Verschulden des Arbeitgebers auch die wirtschaftlichen Auswirkungen der Kündigung (beim Entlassenen) zu berücksichtigen". Vgl. auch R. WYLER, 381 ff.

165 Art. 337c Abs. 1 OR; vgl. M. REHBINDER, 159.

166 Z.B. Pauschalspesen mit Lohncharakter, Überstundenentschädigung, Abgeltung von Ferienansprüchen usw.: BGE 117 II 271, 274 = JAR 1992, 183; vgl. auch A. VON KAENEL, 86 ff.

167 Art. 337c Abs. 3 OR. Das "kann" des Gesetzestextes, welches den Entscheid auch über das "ob" der Entschädigung in das richterliche Ermessen stellt, ist auf ganz ausserordentliche Fälle beschränkt (BGE 116 II 300).

168 BGE 116 II 300; Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich aus den Jahren 1991 und 1992, Nr. 17, 32.

169 Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 1997 und 1998, Nr. 24, 44.

- EGLI DANIEL, Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht, Diss. Bern 2000.
- GLOOR WERNER, Le congé-soupçon, in: *Arbeitsrecht (ARV)*, 2003, Heft 3, 133–145.
- HUMBERT DENIS, Die Freistellung des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis, in: *Schweizer Arbeitgeber*, Nr. 23, Ausgabe 9, November 2000, 1058–1061.
- DERS., Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Diss. Zürich 1991.
- VON KAENEL ADRIAN, Die Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung, Diss. Bern 1996.
- RÉNE KUHN/GERHARD KOLLER, Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, Loseblattsammlung Zürich (Grundwerk) 1982 ff.
- RAPP FRITZ, Die fristlose Kündigung des Arbeitsvertrages, in *BJM* 1978, 169–194.
- REHBINDER MANFRED, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 14. A., Bern 1999.
- REHBINDER MANFRED, *Berner Kommentar*, Bd. VI/2/2/ Kommentar zu den Art. 331 bis 355c, Bern 1992.
- SCHNEIDER BERNHARD, La résiliation immédiate du contrat de travail, in: *Journée 1993 de droit du travail et de la sécurité sociale*, Zürich, 1994, 51–69.
- SCHÖNFELD FRIEDRICH-WILHELM, Effektiver Rechtsschutz bei strafrechtsbegründeter Kündigung in: *NZA* 1999, 299–303.
- SCHWEINGRUBER EDWIN, *Kommentar zum Arbeitsvertrag*, 2. A., Bern 1976.
- STAEHELIN ADRIAN, *Zürcher Kommentar* Bd. V/2c, Kommentar zu den Art. 319 bis 362 OR, Zürich 1996.
- STAMM MARIE-LOUISE, Das Weisungsrecht des Arbeitgebers und seine Schranken, Diss. Basel 1977.
- STREIFF ULLIN/ADRIAN VON KAENEL, *Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht*, 5. A., Zürich 1992.
- VISCHER FRANK, *Der Arbeitsvertrag*, *Schweizerisches Privatrecht*, VII/1, III; 2. A., Basel 1994.
- VITALI MARIO, Die Verdachtskündigung im System von Art. 337 OR, in: *ArbR* 2000, 97–122.
- WACHTER GUSTAV, Der Untergang des Rechts zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses, in: *ArbR* 1990, 37–53.
- WYLER RÉMY, *Droit du travail*, Bern 2002.

Contrairement à la plupart des auteurs qui sont de l'avis qu'un simple soupçon d'un manquement particulièrement grave est insuffisant pour résilier avec effet immédiat le contrat de travail, cet article approuve à la base le renvoi immédiat pour cause de suspicion. L'obligation d'entendre l'employé, c'est à dire de lui accorder le droit d'être entendu, est, de l'avis des auteurs, une condition pour la validité du renvoi pour cause de suspicion.

(trad. Flurin von Planta)