

**05**  
**24****legalis brief**  
**Fachdienst**  
**Arbeitsrecht**  
**Urteilsbesprechungen****Fristlose Kündigung****OGer AG ZOR.2023.49 vom 14.03.2024****Art. 337 OR, Art. 337c OR**

Gegenstand des Verfahrens bildete die fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, wobei aufseiten der Beklagten zwei Personen als einfache Gesellschafter solidarisch für haftbar erklärt wurden. Die Erstinstanz hatte eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung bejaht und Gegenansprüche der kündigenden Arbeitgeber mangels ausreichender Substantiierung verneint. Strittig vor dem OGer waren die Berechnung des Lohnersatzes für die hypothetische Kündigungsfrist und eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Kündigung.

**Erwägungen**

Zunächst korrigiert das OGer die Berechnung des Lohnersatzes für die hypothetische Kündigungsfrist dahingehend, dass kein Abzug für die Privatnutzung des Firmenwagens vorgenommen werden durfte, weil der Arbeitnehmer das Fahrzeug bei der fristlosen Kündigung zurückzugeben hatte. Ebenso war die vorinstanzliche Berechnung insofern zu korrigieren, als diese vom Lohnersatz die (Arbeitnehmer-)Beiträge an die PK in Abzug gebracht hatte, wobei das Vorsorgeverhältnis mit der fristlosen Kündigung geendet hatte. Vielmehr waren umgekehrt die dem Arbeitnehmer für die hypothetische Kündigungsfrist entgangenen Arbeitgeber-Sparbeiträge in die Pensionskasse zu ersetzen.

Sodann hatte die Erstinstanz aus verschiedenen Gründen von der Zusprechung einer Pönale abgesehen, insbesondere aber deswegen, weil der Arbeitnehmer eine Mitschuld am Aufkeimen des Diebstahlverdachts (resp. Verdachts der Veruntreuung) trage (wobei sich ein solcher indessen alsdann nicht belegen liess). Das angerufene OGer führt dazu zunächst (zutreffend) aus, dass eine Entschädigung in der Regel geschuldet ist. Davon wird nur dann abgesehen, wenn ausserordentliche Umstände vorliegen (BGer, **BGer 4A\_56/2016**, 30.6.2016, E. 4.2.1; BGer, 4C.122/2005, 4.7.2005, E. 2.2.1). Eine Ausnahme ist etwa dann möglich, wenn der Arbeitnehmer keinerlei finanzielle Einbussen erlitt, ein kurzes Anstellungsverhältnis vorlag und ein massives Mitverschulden erstellt war (OGer AG, ZVE 2021.51, E. 6.4). Vorliegend hatte der Arbeitnehmer unbestritten eine «Abrechnungskarte» dupliziert und die Abrechnungskarten zuvor unordentlich geführt. Es konnte dem Arbeitnehmer aber nicht nachgewiesen werden, dass er damit einen finanziellen Vorteil erlangt hatte oder auch nur erlangen wollte. Somit konnte dem Arbeitnehmer lediglich die unordentliche Führung der Dokumente, das unzulässige Duplizieren einer Abrechnungskarte und die fehlende Kommunikation diesbezüglich vorgeworfen werden. Den Arbeitgebern war umgekehrt anzulasten, dem Arbeitnehmer gegenüber ohne weitere Abklärungen einen schweren Vorwurf erhoben und insbesondere gestützt darauf die fristlose Kündigung ausgesprochen zu haben. Mithin war dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zuzusprechen.

Schliesslich war dem Arbeitnehmer entgegen dem Entscheid der Erstinstanz Verzugs- resp. Schadenszins bereits ab dem Datum der fristlosen Kündigung und nicht erst ab dem hypothetischen Vertragsende zuzusprechen.

## Kommentierung

Mit dem vorliegenden Entscheid wird aufgezeigt, unter welchen Voraussetzungen ein Gericht den Lohnersatz für die hypothetische Kündigungsfrist (**Art. 337c Abs. 1 OR**) zusprechen, aber auf die Verlegung einer Entschädigung (**Art. 337c Abs. 3 OR**) verzichten kann. Wobei diese Voraussetzungen, insbesondere ein wesentliches Mitverschulden des gekündigten Arbeitnehmers, vorliegend nicht gegeben waren. Zudem wird aufgezeigt, wie und unter welchen Sozialversicherungsabzügen sich der Lohnersatz berechnet, insbesondere, dass bei beendetem Vorsorgeverhältnis keine Abgaben an die PK mehr geschuldet sind, umgekehrt der Arbeitnehmer aber die ihm während der hypothetischen Kündigungsfrist entgangenen Sparbeiträge der Arbeitgeberin in die Pensionskasse einklagen kann (was in der Praxis ab und zu vergessen wird).

*Marco Kamber*