

02

24**legalis brief**
Fachdienst
Arbeitsrecht
Urteil des Monats**Anforderungen an eine interne Untersuchung vor dem Hintergrund einer möglichen missbräuchlichen Kündigung****BGer 4A_368/2023 vom 19.01.2024**

Art. 336 OR, Art. 328 Abs. 1 OR, Art. 35 Abs. 3 BV, Art. 143 Abs. 6 StPO, Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO, Art. 158 Abs. 1 lit. c StPO, Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO

Das Bundesgericht stellt mit diesem Entscheid klar, dass sich die Vorgaben an eine der ordentlichen Kündigung vorangehende Untersuchung nicht an denjenigen eines Strafverfahrens orientieren müssen, um den späteren Vorhalt der missbräuchlichen Kündigung zu vermeiden. Die Anforderungen gehen weniger weit und umfassen im Wesentlichen sorgfältige Abklärungen und eine Befragung der beschuldigten Person, ohne dass diese vorgängig über den Inhalt der Befragung orientiert sein muss und ohne dass ihr die Vorwürfe ganz konkret bezeichnet unterbreitet werden müssen. Alsdann ist es auch nicht erforderlich, dass der Verdacht im Rahmen der Abklärungen bestätigt wird.

Sachverhalt

Der Arbeitnehmer B. trat am 1. November 2010 mit der Bank A. AG in ein Arbeitsverhältnis. Er nahm dabei eine Führungsposition ein. Am 29. August 2018 wandte sich eine Mitarbeiterin der A. AG an deren Ombudsfrau für Verhalten und Ethik und meldete sexuelle Belästigungen durch B. In der Folge leitete die A. AG eine interne Untersuchung in die Wege, bei der nebst dieser Mitarbeiterin weitere Personen im Umfeld von B. befragt wurden. Zudem wurde ein Teil der elektronischen Kommunikation von B. untersucht, und zwar hinsichtlich seiner Äusserungen über die angeblich belästigte Mitarbeiterin. Sodann wurde B. am 20. September 2018 angehört. Danach wurde ihm das Protokoll zur Durchsicht zugestellt. B. nahm daran diverse Änderungen vor. Nach der Anhörung von B. kam die A. AG zum Schluss, dass seine Aussagen wenig glaubhaft seien und im Widerspruch zu den Aussagen der anderen befragten Personen stünden. Insgesamt befand die A. AG, dass die von der anzeigenden Mitarbeiterin und von den übrigen Mitarbeitenden beschriebenen unangemessenen Verhaltensweisen mit grosser Wahrscheinlichkeit stattgefunden hätten. Im Untersuchungsbericht wurde deshalb die Einleitung eines Disziplinarverfahrens gegen B. empfohlen. Die zuständige Disziplinarstelle tagte am 16. Oktober 2018 und beschloss die ordentliche Kündigung von B. Am 23. Oktober 2018 kündigte die A. AG den Arbeitsvertrag auf den 31. Januar 2019.

Der Arbeitnehmer klagte vor dem AGer ZH nebst einer Zeugnisänderung eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung ein. Im letztgenannten Punkt wies das AGer ZH die Klage ab. Eine hiergegen erhobene Berufung schützte das OGer ZH mit Beschluss vom 23. Mai 2023, und es verpflichtete die A. AG zur Zahlung einer Entschädigung. Die A. AG wandte sich alsdann an das BGer, welches den Entscheid des OGer revidierte und wie bereits die Erstinstanz das Begehren von B. auf Zahlung einer Entschädigung abwies.

Erwägungen

B. hatte den Vorhalt der missbräuchlichen Kündigung mit der Art und Weise der Ausübung des Kündigungsrechts begründet. Einleitend betonte das BGer dazu in E. 3.1. des Entscheides den Grundsatz der Kündigungsfreiheit: «Es bedarf grundsätzlich keiner besonderen Gründe, um zu kündigen [...] Ihre Grenzen findet die Kündigungsfreiheit im Missbrauchsverbot» (Art. 336 OR). Alsdann wird diesbezüglich bestätigt, dass sich die Missbräuchlichkeit der Kündigung praxisgemäss – wenn auch nur in eher gravierenden Fällen – auch aus der Art und Weise ergeben kann, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Die kündigende Partei «muss [...] das Gebot schonender Rechtsausübung beachten. Sie darf insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht [...] Ein krass vertragswidriges Verhalten, namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Umfeld einer Kündigung, kann diese als missbräuchlich erscheinen lassen [...] Demgegenüber genügt ein bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdiges Verhalten des Arbeitgebers nicht, um die Kündigung als missbräuchlich erscheinen zu lassen.»

Sodann erläuterte das BGer in E. 3.2. die massgeblichen Überlegungen der Erstinstanz wie folgt: Das AGer ZH hatte in seinem Urteil erwogen, dass es gar nicht weiter erheblich sei, ob die Vorwürfe der sexuellen Belästigung zutreffen. Es gehe nur darum, ob die A. AG die Vorwürfe genügend untersucht habe. Die interne Untersuchung sei im Wesentlichen getreu den Richtlinien und Merkblättern der A. AG erfolgt. Ein unabhängiges Team habe B. und weitere Personen befragt, die Ergebnisse in einem Untersuchungsbericht festgehalten und der internen Disziplinarstelle präsentiert. Nur schon der Untersuchungsbericht zeige, dass die A. AG die Vorwürfe sorgfältig untersucht habe. Es seien sowohl belastende als auch entlastende Aussagen berücksichtigt und gewürdigt worden. Die A. AG sei zum Schluss gekommen, dass die Vorwürfe mit grosser Wahrscheinlichkeit zuträfen. Ein Komplott habe sie ausschliessen können, da mehrere Personen B. belastet hätten und es sich nicht um einen einzigen, sondern um mehrere Vorfälle gehandelt habe. Die Wahrung der Anonymität der betroffenen Mitarbeitenden sei mit einer genügenden Untersuchung vereinbar. Zudem erweise sich im vorliegenden Fall die Verletzung der internen Vorschrift, wonach eine Vertrauensperson beim Gespräch zugegen sein dürfe, nicht als derart schwerwiegend, dass die ganze Untersuchung als ungenügend zu erachten wäre. Die A. AG sei zu Recht von einem begründeten Verdacht ausgegangen, der die Weiterbeschäftigung von B. als unzumutbar habe erscheinen lassen.

Dem stellt das BGer alsdann die (im Resultat konträren) Erwägungen des OGer ZH entgegen (E. 3.3.): Letzteres hatte auf das «Merkblatt sexuelle Belästigung» der A. AG verwiesen, wonach B. das Recht auf Begleitung durch eine Vertrauensperson gehabt hätte, worüber man B. nicht aufgeklärt habe. Es sei unbestritten, dass er nur eine Einladung zu einem Gespräch erhalten habe, ohne auf dessen Inhalt oder Zweck hingewiesen worden zu sein. B. habe keine Möglichkeit gehabt, eine Vertrauensperson mitzunehmen, und zwar unabhängig davon, ob er vom «Merkblatt sexuelle Belästigung» gewusst habe oder nicht. Denn er habe nicht davon ausgehen müssen, dass das Gespräch eine Anhörung im Sinne dieses Merkblatts sei. Daraus schloss die Vorinstanz, die A. AG habe das Recht von B. auf Begleitung durch eine Vertrauensperson verletzt. Weiter hielt die Vorinstanz fest, B. habe keine Gelegenheit erhalten, sich auf das Gespräch vorzubereiten und nach entlastenden Tatsachen zu forschen. Die gegen ihn erhobenen Vorwürfe seien alsdann auch nicht konkretisiert worden, um die anderen befragten Personen zu schützen. So habe er nicht erfahren, wann er wen, wo und wie sexuell belästigt habe. Dadurch sei es ihm nahezu verunmöglicht worden, detailliert Stellung zu nehmen und entlastende Tatsachen vorzubringen. In Bezug auf die Vorwürfe sei ein Firmenanlass im November 2017 erwähnt worden. Allerdings seien auch dazu B. nur der Anlass und der Vorwurf von nicht mit dem Verhaltenskodex zu vereinbarenden Berührungen und Annäherungen mit Mitarbeiterinnen mitgeteilt worden. Allerdings sei für ein faires Verfahren ein präziser Vorhalt notwendig. Wer einer Straftat beschuldigt sei, müsse wissen, was ihm genau vorgeworfen werde, um sich sinnvoll verteidigen zu können. Im Strafrecht ergebe sich aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs, dass einer gerichtlichen Entscheidung nur Tatsachen zugrunde gelegt werden dürfen, die den Beteiligten eröffnet worden seien und zu denen sie sich hätten äussern können. B. hätte sich gemäss Vorinstanz nur wirksam wehren können, wenn ihm die Einzelheiten der Vorwürfe und die Identität zumindest der betroffenen Personen bekannt gegeben worden wären.

Das OGer hatte danach (wiedergegeben in E 4.1. des Urteils des BGer) unter Bezugnahme auf BGer [BGer 4A_694/2015](#) ausgeführt, bei der internen Untersuchung verhalte es sich «durchaus ähnlich wie in einem Strafverfahren». Nach dem dort zitierten Schrifttum hat der Arbeitgeber bei schweren Vorwürfen eine vollständige Untersuchung durchzuführen, in welcher dem beschuldigten Arbeitnehmer gleichwertige Garantien zu gewähren sind wie in einer Strafuntersuchung, namentlich die Möglichkeit, seine Verteidigung vorzubereiten, sich anwaltlich vertreten zu lassen und Beweisanträge zu stellen. Aus den zitierten Lehrstellen folgt weiter, dass der Arbeitgeber sich bemühen muss, die Vorwürfe zu überprüfen. Es sei kaum bestreitbar, dass der Arbeitnehmer sich im Licht von [Art. 328 Abs. 1 OR](#) wirksam verteidigen können müsse, wenn seine Ehre auf dem Spiel stehe. Darüber hinaus könnten die erforderlichen Bemühungen des Arbeitgebers nicht abstrakt und absolut umschrieben werden. Im Gegenteil hingen sie von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab.

Bei der Gelegenheit des vorliegenden Urteils konnte das BGer in E. 4.1. zum damaligen Entscheid BGer [BGer 4A_694/2015](#) Folgendes klarstellen: «Hätte das Bundesgericht die Forderungen der Lehre nicht bloss zitieren, sondern sich ihnen auch anschliessen wollen, dann hätte es dies in der Form eines unnötigen *obiter dictum* getan und überdies einen Widerspruch geschaffen zum Grundsatz, dass strafprozessuale Grundsätze nur im Verhältnis zu staatlichen Behörden gelten. [...] Die strafprozessualen Garantien haben keine direkte Wirkung auf interne Untersuchungen eines Arbeitgebers. Auch die Grundrechte im Allgemeinen haben, abgesehen von wenigen, hier nicht interessierenden Ausnahmen, keine direkte Drittwirkung unter Privatpersonen. Daran ändert nichts, dass die Behörden gemäss [Art. 35 Abs. 3 BV](#) dafür sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden, und dass [Art. 328 OR](#) gelegentlich als «Einfallstor für eine indirekte Drittwirkung der Grundrechte» angesehen wird. [...] Eine Übernahme strafprozessualer Regeln in das Privatrecht verbietet sich nur schon deshalb, weil die fraglichen Rechtsverhältnisse grundverschieden sind.»

Die A. AG hatte des Weiteren gemäss E. 4.2. des Urteils betont, dass eine ordentliche Kündigung nicht strengerem Anforderungen unterworfen sein darf als eine fristlose Kündigung, aber selbst bei einer fristlosen Kündigung bereits der blosse Verdacht einer schweren Verfehlung einen wichtigen Grund darstellen könne. Zudem sei eine ordentliche Kündigung nicht einmal missbräuchlich, wenn sich der Verdacht als unbegründet erweist. Missbräuchlichkeit liege nur vor, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer leichtfertig und ohne vernünftigen Grund beschuldigt. Das BGer bestätigt dies: «[D]er Arbeitnehmer [ist] auch bei einer ordentlichen Kündigung nicht der Willkür des Arbeitgebers ausgeliefert. So kann eine Kündigung aufgrund von Anschuldigungen durch andere Mitarbeitende dann missbräuchlich sein, wenn die Arbeitgeberin vor der Kündigung keine genügenden Abklärungen getätigt hat oder wenn die Abklärungen den Verdacht nicht erhärten. Damit wird der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und den berechtigten Interessen des Arbeitnehmers hinreichend Rechnung getragen.»

Mit den rechtlichen Überlegungen der Vorinstanz befasste sich das Bundesgericht in E. 4.4. des Urteils:

E. 4.4.1: Das OGer ZH hatte der A. AG im Wesentlichen vorgeworfen, dass sie dem Beschuldigten B. nicht vorgängig mitgeteilt habe, worum es beim Gespräch vom 20. September 2018 gehe. Dazu erwägt das BGer, dass eine solche *vorgängige* Mitteilung nicht einmal im Strafprozess vorgesehen sei ([Art. 143 Abs. 6 StPO](#) und [Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO](#)). Es sei in der Folge nicht zu beanstanden, dass B. erst zu Beginn des Gesprächs über dessen Zweck und Inhalt erfuhr. Hinzu komme, dass B. das Protokoll des Gesprächs korrigieren und eine separate schriftliche Stellungnahme dazu abgeben konnte.

E. 4.4.2.: Die Vorinstanz machte der A. AG weiter zum Vorwurf, dass B. sich beim Gespräch vom 20. September 2018 nicht von einer Vertrauensperson habe begleiten lassen können. Auch dies entkräftete das BGer unter Verweis auf [Art. 158 Abs. 1 lit. c StPO](#), wonach die beschuldigte Person erst zu Beginn der ersten Einvernahme darauf hinzuweisen sei, dass sie berechtigt ist, eine Verteidigung zu bestellen oder gegebenenfalls eine amtliche Verteidigung zu beantragen. Zudem, «wie bereits dargelegt, sind die StPO und die strafprozessualen Grundsätze hier ohnehin nicht anwendbar». Daran ändere auch nichts, dass das interne «Merkblatt sexuelle Belästigung» B. das Recht gewährte, sich von einer Ver-

trauensperson vertreten zu lassen. Dies gelte umso mehr, als B. nicht behauptet habe, ein weiteres Gespräch unter Anwesenheit einer Vertrauensperson verlangt zu haben.

E. 4.4.3.: Das OGer warf der A. AG weiter vor, B. nicht hinreichend über die Vorhalte aufgeklärt zu haben. In diesem Zusammenhang lehnte sich die Vorinstanz inhaltlich an das strafprozessuale Anklageprinzip an (**Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO**). Die Vorinstanz verlangte von der A. AG, sie hätte B. genau mitteilen müssen, wann er wen, wo und wie sexuell belästigt habe. Das BGer hält dagegen, dass eine beschuldigte Person zwar in einem Strafverfahren Anspruch auf diese Informationen hat. *«Doch wie bereits erwähnt wurde, ist die interne Untersuchung eines privaten Arbeitgebers nicht vergleichbar mit einer staatlichen Strafuntersuchung»*. Im Übrigen bestehe ein Zielkonflikt zwischen dem legitimen Selbstverteidigungsrecht des beschuldigten Arbeitnehmers und dem Schutz der meldenden Personen. Im Schrifttum sei unbestritten, dass deren Identität vertraulich zu behandeln ist. Unabhängig davon stelle die A. AG sodann in Abrede, dass die Vorwürfe völlig im Vagen geblieben seien. Sie lege mit präzisiertem Aktenhinweis auf die Beilage 5 zur Klageantwort dar, dass B. der Vorwurf eröffnet wurde, er habe bei einem Firmenanlass im November 2017 Mitarbeiterinnen in ungebührlicher Weise berührt. Weiter wurde er gefragt, ob er Mitarbeiterinnen im Büro umarmt, ob er Mitarbeiterinnen am Oberschenkel oder am Rock berührt habe, ob er sich zu den privaten und sexuellen Beziehungen von Mitarbeiterinnen geäußert habe, ob er gegenüber Mitarbeiterinnen gesagt habe, dass er gerne körperliche Nähe mit ihnen hätte oder ob er gesagt habe, dass er es lieber hätte, wenn Frauen High Heels und kurze Röcke tragen. Damit trage die A. AG überzeugend vor, dass die Vorwürfe hinreichend präzise waren, wenn man sie an den Anforderungen an eine interne Untersuchung misst.

Schliesslich (ebenfalls E. 4.4.3.) hatte die Vorinstanz erwogen, ein allfälliges Komplott gegen B. habe nicht ausgeschlossen werden können. Dazu wiederum meinte das BGer, dass das OGer ZH damit das Wesen der internen Untersuchung verkannt habe. Im Arbeitsrecht seien (anders als im Strafrecht) auch «Verdachtskündigungen» zulässig und nicht einmal dann missbräuchlich, wenn sich der Verdacht später als unbegründet erweist. Daraus erhelle, dass der Arbeitgeber nicht beweisen muss, dass die Vorwürfe zutreffen.

Zusammenfassend hielt das BGer in E. 4.5. fest, dass die A. AG vor der ordentlichen Kündigung umfangreiche Abklärungen durch ein eigens dafür vorgesehenes Team getätigt habe. Dabei kam sie zum Schluss, dass sich der Verdacht gegen B. erhärtet hatte. Es kann nicht gesagt werden, dass die A. AG die ordentliche Kündigung leichtfertig oder ohne vernünftige Gründe ausgesprochen hätte. Abschliessend folgt eine in dieser Schärfe überraschende Rüge an das OGer ZH: «Die Vorinstanz scheint aus den Augen zu verlieren, dass auch im Arbeitsrecht das Prinzip der Kündigungsfreiheit gilt. Es bedarf grundsätzlich keiner besonderen Gründe, um zu kündigen. Ihre Grenzen findet die Kündigungsfreiheit nur im Missbrauchsverbot. Die Vorinstanz beurteilte die interne Untersuchung der Beschwerdeführerin mit einem überzogenen Massstab, der über die strafprozessualen Anforderungen hinausging. Sie verlangte von der Beschwerdeführerin teilweise mehr als von einer Strafverfolgungsbehörde gefordert werden dürfte».

Kommentierung

Das vorliegend dargelegte Urteil des BGer betont an verschiedenen Stellen die Kündigungsfreiheit als Grundsatz. Als wesentliche Kernaussagen lassen sich dem Urteil alsdann folgende Ausführungen entnehmen:

Sofern eine ordentliche Kündigung auf eine interne Untersuchung folgt, kann sie (wenn der Vorhalt gegen die Kündigung auf der Durchführung der Untersuchung gründet) dann missbräuchlich sein, (a) wenn die Arbeitgeberin vor der Kündigung keine genügenden Abklärungen getätigt hat oder (b) wenn die Abklärungen den Verdacht nicht erhärten. Konkret:

(a/i) In Bezug auf die Durchführung der Untersuchung stellt das BGer mehrfach klar, dass die strafprozessualen Vorgaben auf interne Untersuchungen nicht anwendbar seien. (a/ii) Dem beschuldigten Arbeitnehmer muss nicht vor der Befragung mitgeteilt werden, um was es dabei gehe. Es genügt, wenn er sich dabei und danach dazu äussern kann. (a/iii) Auch die Vorwürfe müssen dem Arbeitnehmer nicht im Sinne eines präzisen «Wer, Wann, Wo, Wie» vorgehalten werden. Abgesehen davon, dass die anzeigenden und sonstigen be-

fragten Mitarbeitenden zu schützen sind, genügt es für eine ausreichende Verteidigung, wenn die dem Arbeitnehmer vorgehaltenen Verhaltensweisen in einem gewissen Konkretisierungsgrad beschrieben werden (wobei vorliegend immerhin ein konkreter Anlass – ein Firmenfest – verbunden mit damals angeblich an den Tag gelegten Belästigungen beschrieben wurde). (a/iv) Der beschuldigte Arbeitnehmer hat kein Recht auf Begleitung durch eine Vertrauensperson, und es ist noch nicht einmal weiter problematisch, wenn die Arbeitgeberin selber in ihren Reglementen eine solche Begleitung vorsah, aber dann nicht gewährte.

(b/i) Was das Resultat der Abklärungen betrifft, so genügt es nach den Ausführungen des BGer, dass sich die Verdachtsmomente erhärtet haben, ohne dass das Fehlverhalten als erstellt zu gelten hat. Respektive, noch apodiktischer: «Verdachtskündigungen» sind selbst dann zulässig und nicht einmal dann missbräuchlich, wenn sich der Verdacht später als unbegründet erweist. Daraus erhellt, dass der Arbeitgeber nicht beweisen muss, dass die Vorwürfe zutreffen. (b/ii) Gleichzeitig muss der Arbeitgeber auch nicht danach forschen, ob ein Komplott gegen den beschuldigten Arbeitnehmer vorliegen könnte.

Das Bundesgericht nahm im vorliegenden Urteil die Gelegenheit wahr, den interpretationsbedürftigen, bisher häufig angeführten Entscheid BGer [BGer 4A_694/2015](#) zu präzisieren. Danach gelten für interne Untersuchungen die Grundsätze der StPO nicht analog. Die untersuchende Arbeitgeberin scheint sich im Wesentlichen darauf beschränken zu dürfen, den Sachverhalt abzuklären und dabei auch den beschuldigten Arbeitnehmer zu befragen. Letzterer muss dabei vorgängig nicht über den Inhalt des Gesprächs aufgeklärt werden, er hat keinen Anspruch auf Begleitung durch eine Vertrauensperson, und die Vorhalte müssen ihm schliesslich nur bis zu einem gewissen Masse konkretisiert vorgehalten werden.

Alsdann darf die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis ohne den Vorhalt der missbräuchlichen Kündigung ordentlich kündigen, mindestens wenn sich die Verdachtsmomente erhärtet haben – unter Umständen scheint aber noch nicht einmal dies notwendig zu sein.

Das Urteil ist als Konkretisierung einer umstrittenen Frage insbesondere im Hinblick auf die Anforderungen an die Durchführung einer internen Untersuchung zu begrüssen. Dabei bleiben aber die Umstände des Einzelfalles massgebend. Vorliegend schien es zumindest so, dass die dem Arbeitnehmer vorgehaltenen Verhaltensweisen zutrafen, was wohl mit dazu beigetragen haben könnte, dass die Erstinstanz und das BGer an die Verfahrensvorgaben im Resultat geringere Anforderungen stellen mochten. Es ist nicht ausgeschlossen, dass ein fallbefasstes Gericht bei einer anderen Ausgangslage wiederum leicht erhöhte Vorgaben an die Durchführung der Untersuchung stellen könnte. Zudem befasst sich das vorliegende Urteil im Wesentlichen mit den Umständen der Befragung des Mitarbeitenden. Es dürfte weiterhin notwendig sein, die ihm gegenüber erhobenen Vorwürfe auch anderweitig abzuklären, wie es vorliegend von der Arbeitgeberin gemacht wurde.

Eher kritisch zu würdigen ist die apodiktische Aussage des BGer, dass Verdachtskündigungen selbst dann zulässig und nicht einmal dann missbräuchlich seien, wenn sich der Verdacht später als unbegründet erweist. Wichtig ist im Sinne einer Zwischenbemerkung darauf hinzuweisen, dass die vom BGer umschriebenen Grundsätze nur für die ordentliche Kündigung gelten. Führt die Untersuchung zu einer fristlosen Kündigung, liegt die Beweislast für den Kündigungsgrund bei der Arbeitgeberin. Sodann kann eine (insbesondere im Resultat ungerechtfertigte) interne Untersuchung eine schwere Belastung des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin bedeuten. Wenn sich daraus ergibt, dass die ihm oder ihr vorgehaltenen Vorwürfe nicht zutreffen, sich der Verdacht also nicht erhärtet, er oder sie aber dennoch entlassen wird, dann wird dies dazu führen, dass dieser Verdacht trotzdem an ihm oder ihr «hängen» bleibt (da ja regelmässig verschiedene Personen in die Untersuchung involviert sind und davon wussten und eine Kündigung auf den Abschluss der Untersuchung folgt). Dann liesse sich durchaus behaupten, dass die Arbeitgeberin ihr – zweifelsohne im Grundsatze eben bestehendes – Kündigungsrecht nicht mehr nach Treu und Glauben, sondern unter Verletzung der Fürsorgepflicht ([Art. 328 OR](#)) ausübt. Zwar ist auch hier der Grundsatz der Kündigungsfreiheit zu beachten. Gleichzeitig ist jedoch der Fall einer mit grosser Wahrscheinlichkeit unbegründeten internen Anzeige vergleichbar mit demjenigen einer

Konfliktsituation, in welcher die Arbeitgeberin praxisgemäss keiner beteiligten Partei kündigen darf, ohne zuvor eine Befriedigung der Situation versucht zu haben (ansonsten die Kündigung eben missbräuchlich ist). Wobei auch hierzu anzufügen ist, dass sich aus dem Abschluss einer solchen Untersuchung kein quasi «zeitlicher Kündigungsschutz» ergeben darf; aus anderen Motiven als der (erfolglosen) Untersuchung selber darf das Arbeitsverhältnis selbstverständlich gekündigt werden.

Praxishinweis

In diesem Sinne gilt für die Praxis auch weiterhin, dass interne Untersuchungen sorgfaltsgemäss geführt werden müssen, damit das Arbeitsverhältnis alsdann ohne den (begründeten) Vorhalt der Missbräuchlichkeit gekündigt werden kann. Immerhin aber ist nun klar, dass dem beschuldigten Arbeitnehmer in Bezug auf dessen Befragung nicht Rechte zustehen, wie sie im Strafprozess gelten würden. Es schadet aber jedenfalls nicht, den beschuldigten Arbeitnehmer (auch ohne Vorankündigung) mit möglichst präziser Wiedergabe der Vorhalte zu konfrontieren – wobei es gleichzeitig die Rechte der weiteren Involvierten zu wahren gilt.

Marco Kamber