

Daniel Donauer / Nicole Donauer

Die Verdachtskündigung nach schweizerischem Arbeitsrecht

Eine Darstellung der ordentlichen und ausserordentlichen Verdachtskündigung in Anbetracht der aktuellen Rechtsprechung

Das zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehende Rechtsverhältnis kann sowohl ordentlich wie ausserordentlich (fristlos) aufgehoben werden. Von welcher Partei die Kündigung dabei ausgeht, ist in Bezug auf die Aufhebung des Rechtsverhältnisses prinzipiell irrelevant. Die vorliegende Publikation behandelt die Verdachtskündigung nach schweizerischem Recht und untersucht die (insbesondere) anhand der Rechtsprechung entwickelten Kriterien hinsichtlich der Rechtsfolgen in Bezug sowohl auf die ordentliche wie ausserordentliche Verdachtskündigung.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Arbeitsrecht

Zitiervorschlag: Daniel Donauer / Nicole Donauer, Die Verdachtskündigung nach schweizerischem Arbeitsrecht, in: Jusletter 24. September 2018

Inhaltsübersicht

- I. Einleitende Bemerkungen
- II. Die Verdachtskündigung – Was ist gemeint?
 - A. Ausgangslage
 - B. Definition
 - C. Zulässigkeit der Verdachtskündigung
 - 1. Zulässigkeit der ausserordentlichen Verdachtskündigung
 - a. Lehrmeinungen
 - b. Gemäss geltender Rechtsprechung
 - 2. Zulässigkeit der ordentlichen Verdachtskündigung
 - 3. Überleitung
- III. Rechtsfolgen bei ausserordentlicher Verdachtskündigung
 - A. Urteil des Bundesgerichts 4A_419/2015 vom 19. Februar 2016 – Sachverhalt
 - B. Begründung des Bundesgerichts
 - C. Bemerkungen
- IV. Rechtsfolgen bei ordentlicher Verdachtskündigung
 - A. Urteil des Bundesgerichts 4A_694/2015 vom 4. Mai 2016 – Sachverhalt
 - B. Begründung des Bundesgerichts
 - C. Bemerkungen
- V. Zusammenfassung

I. Einleitende Bemerkungen

[Rz 1] Die zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehende Rechtsbeziehung bildet unabhängig von ihrer eigentlichen Dauer stets ein Dauerschuldverhältnis.¹ Während ein befristetes Arbeitsverhältnis üblicherweise mit Ablauf der vereinbarten Dauer endigt und nicht zusätzlich gekündigt werden muss (Art. 334 Abs. 1 OR), ist für die Auflösung des befristeten Arbeitsvertrages eine ordentliche Kündigung notwendig (Art. 335 Abs. 1 OR).² In beiden Fällen kann die Rechtsbeziehung (rechtmässig) ausserordentlich bzw. fristlos aufgelöst werden, sofern dazu wichtige Gründe angeführt werden können (Art. 337 Abs. 1 OR). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR).³ Fehlen solche Gründe, so bleibt die Kündigung (grundsätzlich) gleichwohl gültig. Zudem gilt nach schweizerischem Recht der Grundsatz der *Kündigungsfreiheit*.⁴ Dieser Grundsatz wird lediglich durch ein paar wenige Normen in zeitlicher und sachlicher Hinsicht eingeschränkt (Art. 336 ff. OR).⁵ So ist beispielsweise eine gemäss Art. 336 Abs. 1 OR ordentlich ausgesprochene Kündigung missbräuchlich, was jedoch nicht die Gültigkeit, zumindest aber die damit einhergehenden

¹ FRANK EMMEL, in: Claire Huguenin/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. CHK OR-VERFASSEN), Art. 319, N 5.

² Generell zur Kündigung ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012 (zit. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH), Art. 335, N 1 ff.

³ ROGER RUDOLPH, Bagatelldelikte am Arbeitsplatz: ein ausreichender Grund für eine fristlose Entlassung?, in: AJP 2010, S. 1516 ff., S. 1517 (zit. RUDOLPH); STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), Art. 337, N 2; DENIS G. HUMBERT/ALFONS VOLKEN, Fristlose Entlassung (Art. 337 OR) unter besonderer Berücksichtigung der Verdachtskündigung und der Erklärung der fristlosen Entlassung, in: AJP 2004, S. 564 ff., S. 564 f. (zit. HUMBERT/VOLKEN).

⁴ CHK OR-EMMEL (FN 1), Art. 336, N 1; MANFRED REHBINDER, in: Heinz Hausheer, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, 2. Teilband, Der Arbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 331 – 366 OR, Bern 1992 (zit. BK OR-REHBINDER), Art. 335, N 13; RUDOLPH (FN 3), S. 1517 ff.

⁵ BGE 132 III 115, E. 2.1; BGE 131 III 535, E. 4.1 = Pra 2006, N 44; CHK OR-EMMEL (FN 1), Art. 335, N 1.

finanziellen Folgen beschlägt.⁶ Nichtig ist eine Kündigung immerhin dann, wenn sie zur Unzeit im Sinne von Art. 336c OR erfolgt. Ganz generell ist deshalb eine ausgesprochene Kündigung immer auch dann gültig, wenn die damit verbundenen wichtigen Gründe nicht als wichtig (genug) im Sinne des Gesetzes angesehen werden können oder die Kündigungsfreiheit gesetzliche Einschränkungen bereitstellt, welche die Kündigung nicht explizit der Nichtigkeitsfolge unterstellen (so ausnahmsweise Art. 336c Abs. 2 OR).⁷

[Rz 2] Sowohl bei ordentlicher als auch ausserordentlicher Auflösung des Arbeitsverhältnisses muss die Kündigung schriftlich begründet werden, sofern die andere Partei dies verlangt (Art. 335 Abs. 2 bzw. Art. 337 Abs. 1 OR).⁸ Dies soll es dem Gekündigten ermöglichen, die potenzielle Missbräuchlichkeit der Kündigung einschätzen zu können.⁹ Welche Gründe dazu im Einzelnen aufgeführt werden, ist hinsichtlich der Aufhebungswirkungen irrelevant. Relevant ist die Begründungspflicht (oder zumindest der herangezogene Kündigungsgrund) im Zusammenhang mit der Verdachtskündigung in zwei Szenarien: (1.) Der Arbeitgeber verletzt mit einer ordentlichen Kündigung, gestützt auf den angerufenen Grund, beispielsweise seine *Fürsorgepflicht* (Art. 328 OR) und das Gebot der *schonenden Rechtsausübung* (Art. 2 ZGB) gegenüber dem Arbeitnehmer,¹⁰ oder (2.) die kündigende Partei löst die Rechtsbeziehung fristlos (ausserordentlich) unter Berufung auf *nicht vorhandene wichtige Gründe* auf. In beiden Fällen ist die Kündigung als *missbräuchlich* zu qualifizieren und es entstehen hinsichtlich der Kündigung rechtliche (finanzielle) Folgen zulasten der kündigenden Partei. Die Anrufung von Kündigungsgründen, seien diese wichtig oder nicht, können somit trotz des Grundsatzes der Kündigungsfreiheit in gewissen Konstellationen finanzielle Rechtsfolgen zulasten der kündigenden Partei auslösen.¹¹

[Rz 3] Entlässt der *Arbeitgeber* den Arbeitnehmer *fristlos* ohne wichtigen Grund, so hat dieser Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR). Entschädigungsfähig ist das positive Interesse.¹² Zusätzlich kann eine Entschädigungsleistung zugunsten des Arbeitnehmers durch den Richter zugesprochen werden, welche nicht höher als sechs Monatslöhne sein darf (Art. 337c Abs. 3 OR). Eine ähnliche Rechtsfolge sieht das Gesetz vor, wenn der *Arbeitnehmer* ungerechtfertigt den Arbeitsplatz verlässt (oder nicht antritt). Diesfalls ist nebst Schadenersatz eine zusätzliche Entschädigungsleistung im maximalen Umfange von einem Viertel des Monatslohnes geschuldet (Art. 337d Abs. 1 OR).¹³ Liegt der wichtige Grund zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses im vertragswidrigen Verhalten einer Vertragspartei, so hat diese vollen Schadenersatz zu leisten, unter Berücksichtigung aller aus dem Arbeitsverhältnis entstehenden Forderungen (Art. 337b Abs. 1 OR).¹⁴ Bei den genannten Konstel-

⁶ Vgl. dazu später im vorliegenden Beitrag.

⁷ CHK OR-EMMEL (FN 1), Art. 335, N 1; s. eingehend zur Nichtigkeitsfolge STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), Art. 336c, N 10.

⁸ BK OR-REHBINDER (FN 4), Art. 335, N 9; RUDOLPH (FN 3), S. 1517 ff.

⁹ BGE 121 III 60, E. 3b = JAR 1996, S. 187 = Pra 1995, N 595; vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), Art. 335, N 13.

¹⁰ BGE 123 III 115, E. 5.4.

¹¹ Vgl. THOMAS GEISER, Rechtsprechungs panorama Arbeitsrecht, in: AJP 2016, S. 1376 ff., S. 1380 (zit. GEISER AJP 2016); WOLFGANG PORTMANN/VANIA DOBREVA, Abklärungs- und Anhörungspflichten des Arbeitgebers vor ordentlichen und ausserordentlichen Verdachtskündigungen, in: ARV 2016, S. 92 ff., S. 92 (zit. PORTMANN/DOBREVA).

¹² CHK OR-EMMEL (FN 1), Art. 337c, N 1.

¹³ BK OR-REHBINDER (FN 8), Art. 337d, N 1 ff.

¹⁴ Eingehend STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), Art. 337b, N 1 ff.

lationen handelt es sich um missbräuchliche Kündigungstatbestände, nach welchen die fehlbare Partei gegenüber ihrem Vertragspartner haftet.

[Rz 4] Ähnlich kann es sich trotz des Grundsatzes der Kündigungsfreiheit bei einer ordentlichen Kündigung verhalten. Nicht jede ordentliche Kündigung ist ohne weiteres *rechtmässig*. Verletzt beispielsweise der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer seine Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR,¹⁵ so ist die Kündigung *missbräuchlich*.¹⁶ In Lehre und Rechtsprechung ist man sich denn auch einig, dass die in Art. 336 OR aufgeführten Missbrauchstatbestände als nicht abschliessend zu betrachten sind.¹⁷ Das Bundesgericht hält dazu fest, dass eine Missbrauchskündigung auch in anderen Situationen auftreten kann, welche aufgrund ihrer Schwere mit den ausdrücklich in Art. 336 OR genannten Gründen vergleichbar sind.¹⁸ Eine missbräuchliche ordentliche Kündigung löst die Rechtsfolgen gemäss Art. 336a Abs. 1 und Abs. 2 OR aus. Demnach hat diejenige Partei, welche das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, der anderen Partei eine Entschädigung auszurichten. Die Entschädigung wird vom Richter unter Würdigung aller Umstände festgesetzt, darf aber den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entspricht (Art. 336a Abs. 1 OR).¹⁹

II. Die Verdachtskündigung – Was ist gemeint?

A. Ausgangslage

[Rz 5] Die Rechtsprechung umfasst inzwischen zahlreiche Entscheide, in welchen allesamt *Arbeitnehmer* aufgrund eines *blossen Verdachts*, eine Straftat (oder eine sonstige schwere Pflichtverletzung) begangen zu haben, ordentlich oder ausserordentlich aus ihrem Arbeitsverhältnis entlassen wurden:

[Rz 6] So ging es beispielsweise in einem Urteil des Bundesgerichts vom 6. Januar 2016 um einen Bankkundenberater, welcher aufgrund des Verdachts auf Geldwäscherei verhaftet wurde. Nachdem im Zusammenhang mit der Strafuntersuchung die Räumlichkeiten der Bank (also der Arbeitgeberin) untersucht worden waren, entliess die Bank den Angestellten *fristlos*.²⁰ In einem anderen Fall wurde eine Angestellte eines Alters- und Pflegeheims durch eine Heimbewohnerin des Diebstahls bezichtigt. Diesem Vorwurf ausgesetzt, wurde die Angestellte durch den Direktor (sowie zwei weitere Angestellte) verhört und in der Folge *ordentlich* unter gleichzeitiger Freistellung entlassen.²¹ In einem weiteren Entscheid handelte es sich um ein Logistikunternehmen und in diesem Zusammenhang um ein Lagerungsareal, auf dem gefährliche Substanzen gelagert wurden. Die Arbeitgeberin hatte zur Gewährleistung der Arbeitssicherheit besondere Weisungen erlassen. Unter anderem durfte innerhalb des betreffenden Areals nicht fotografiert werden.

¹⁵ RUDOLPH STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), Art. 328, N 7.

¹⁶ Genau diese Konstellation liegt dem Urteil des Bundesgerichts 4A_694/2015 vom 4. Mai 2016 zugrunde.

¹⁷ BGE 136 III 513, E. 2.3 = Pra 2011, N 40 = JAR 2011, S. 320; BGE 132 III 115, E. 2.1; BGE 131 III 535, E. 4.2 = Pra 2006, N 44; Urteil des Bundesgerichts 4A_694/2015 vom 4. Mai 2016, E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 8C_594/2010 vom 25. August 2011, E. 5.1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), Art. 336, N 3; GEISER AJP 2016 (FN 11), S. 1381; CHK OR-EMMEL (FN 1), Art. 336, N 1.

¹⁸ So im Urteil des Bundesgerichts 4A_694/2015 vom 4. Mai 2016, E. 2.2.

¹⁹ CHK OR-EMMEL (FN 1), Art. 336a, N 1 ff.

²⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_251/2015 vom 6. Januar 2016.

²¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_694/2015 vom 4. Mai 2016; besprochen bei GEISER AJP 2016 (FN 11), S. 1380 f.

Zwei Arbeitnehmer (nachfolgend A. und B.) gerieten aufgrund von Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich des Falschlagerens von Fässern, zu verantworten von Arbeitnehmer A., aneinander. Nachdem der Arbeitnehmer A. von B. darauf aufmerksam gemacht worden sein soll, habe A. den B. gebeten, Fotografien von den Fässern anzufertigen. Dies meldete B. in Form einer Aktennotiz seinen Vorgesetzten, woraufhin dem A. *fristlos* gekündigt wurde.²² In einem bereits älteren Entscheid wurde ein Arbeitnehmer einer Supermarktkette bezichtigt, Käse im Rahmen von CHF 10.05 durch den Mitarbeitereingang/-ausgang gestohlen zu haben. Nachdem der Mitarbeiter ein Formular unterzeichnet und darin bestätigt hatte, unbezahlt Käse mitgenommen zu haben, wurde diesem am gleichen Tag *fristlos* gekündigt. Der Arbeitnehmer stellte sich seinerseits auf die Position, er habe aufgrund mehrerer Zwischenereignisse lediglich vergessen, den Käse zu bezahlen und wurde sodann von der Polizei aufgegriffen, bevor er diesen hätte (nach-)bezahlen können.²³

[Rz 7] In den oben geschilderten Fällen wurde den Arbeitnehmern deshalb gekündigt, weil sie entweder dem *Verdacht auf Begehung einer Straftat* ausgesetzt waren oder aber, weil sie eine (schwere) *Pflichtverletzung* begangen haben sollen. Darüber hinaus wurden die Kündigungen in den meisten Fällen ausserordentlich, in wenigen hingegen ordentlich ausgesprochen. In sämtlichen Fällen ging die Kündigung vom Arbeitgeber bzw. von der Arbeitgeberin aus. In der Lehre und Rechtsprechung werden solche Konstellationen unter dem Terminus der sogenannten *Verdachtskündigung* abgehandelt.²⁴

B. Definition

[Rz 8] Wie die illustrierten Sachverhalte aufgezeigt haben, können zahlreiche Konstellationen eine Vertragspartei (überwiegend den Arbeitgeber) dazu veranlassen, trotz noch unzureichender Beweislage zum Zeitpunkt der Kündigung das Arbeitsverhältnis aufzulösen. Eine *Verdachtskündigung* ist begrifflich eine Kündigung, mittels welcher der Arbeitgeber (oder auch der Arbeitnehmer)²⁵ basierend auf nicht oder noch nicht bewiesenen Tatsachen das Arbeitsverhältnis ordentlich oder ausserordentlich auflöst. Die der Verdachtskündigung zugrunde gelegten Gründe werden lediglich *vermutet*.²⁶ Die Gründe, aus welchen eine Partei die Verdachtskündigung ausspricht, können dabei sowohl auf (vermutete) strafrechtliche Delikte als auch sonstige Verfehlungen zurückzuführen sein.²⁷ In einem weiteren Sinne kann eine Verdachtskündigung auch dann vorliegen, wenn bloss deshalb gekündigt wird, weil man befürchtet, eine an einem Dritten

²² Urteil des Bundesgerichts 4A_419/2015 vom 19. Februar 2016; besprochen bei VINCENT CARRON/LAURENCE CRITTIN, Die Verdachtskündigung im Arbeitsrecht, in: Newsletter SW, Juli 2017, S. 2 (zit. CARRON/CRITTIN).

²³ Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichts vom 9. August 1999; vgl. auch DANIEL EGLI, Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht, Bern 2000, S. 3 ff. (zit. EGLI).

²⁴ Vgl. RUDOLPH (FN 3), S. 1522 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), Art. 337, N 10; JÜRGEN BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319 – 343 OR, 3. Aufl., Basel 2014 (zit. BRÜHWILER), Art. 337, N 13; THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2015, N 661 ff. (zit. GEISER/MÜLLER).

²⁵ Was in der Praxis eigentlich nicht vorkommen dürfte (und soweit ersichtlich bislang noch nicht vorgekommen ist).

²⁶ Eingehend zum Begriff der Verdachtskündigung EGLI (FN 23), S. 10.

²⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_419/2015 vom 19. Februar 2016, E. 2.1.2; Urteil des Bundesgerichts 4C.317/2005 vom 3. Juni 2006, E. 5.3; Urteil des Bundesgerichts 4C.103/1999 vom 9. August 1999, E. 3; PORTMANN/DOBREVA (FN 11), S. 95; EGLI (FN 23), S. 6 f.; HUMBERT/VOLKEN (FN 3), S. 569 f.

(tatsächlich) verübte Straftat (oder Pflichtverletzung) könnte künftig im Betrieb ebenfalls eintreten.²⁸

C. Zulässigkeit der Verdachtskündigung

1. Zulässigkeit der ausserordentlichen Verdachtskündigung

a. Lehrmeinungen

[Rz 9] In der Lehre ist umstritten, ob der blosser Verdacht auf Begehung einer *strafbaren Handlung* (oder einer sonstigen Verfehlung) zur *fristlosen Entlassung* berechtigt, mit anderen Worten also, ob dieser einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR darstellt. Die Lehre vertritt wohl mehrheitlich die Meinung, ein Verdacht genüge für eine Kündigung grundsätzlich *nicht*. Gleichzeitig wird relativiert und festgehalten, dass eine *tatsächlich* begangene Straftat, sofern diese die weitere Zusammenarbeit *unzumutbar* mache, eine Verdachtskündigung rechtfertigen könne (dies, obwohl die Straftat nicht gegen den Arbeitgeber selbst begangen wurde).²⁹ Ein Teil der Lehre geht weiter und stellt sich auf den Standpunkt, die fristlose Verdachtskündigung müsse darüber hinaus auch dann zulässig sein, wenn der Verdacht als *begründet erscheine* und dieser sich auf eine Straftat beziehe, welche an sich eine fristlose Entlassung rechtfertigen würde (ohne, dass der Nachweis der Straftatbegehung effektiv erbracht werden muss).³⁰

b. Gemäss geltender Rechtsprechung

[Rz 10] Aus der bis anhin geltenden Rechtsprechung des Bundesgerichts musste in der Tendenz abgeleitet werden, dass eine *fristlose Verdachtskündigung* grundsätzlich als *unzulässig* anzusehen ist.³¹ Das Bundesgericht hielt dazu stets fest, dass, sollte sich der Verdacht *nachträglich als unbegründet* erweisen, die kündigende Partei gegenüber der anderen nach Art. 337b Abs. 2 OR schadenersatzpflichtig werde.³² Anders formuliert musste sich der mit dem Verdacht verbundene wichtige Grund nachträglich als berechtigt herausstellen, um die fristlose Entlassung rechtmässig in Bezug auf den wichtigen Grund «werden zu lassen».³³ Diesfalls wäre immerhin die in

²⁸ GEISER/MÜLLER (FN 24), N 661; MATTHIAS SCHWAIBOLD, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Obligationenrecht, Basel 2014 (zit. KUKO OR-AUTOR), Art. 337, N 18.

²⁹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_694/2015 vom 4. Mai 2016, E. 2.3; Urteil des Bundesgerichts 4A_419/2015 vom 19. Februar 2016, E. 2.1.2; Urteil des Bundesgerichts 4C.317/2005 vom 3. Juni 2006, E. 5.3; PORTMANN/DOBREVA (FN 11), S. 95; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), Art. 337, N 10; ALAIN FRIEDRICH/MERET TOBLER, Arbeitsrecht im Unternehmen – Antworten auf häufige Fragen im Alltag von Personalverantwortlichen, Bern 2014, S. 142 (zit. FRIEDRICH/TOBLER); HUMBERT/VOLKEN (FN 3), S. 566; EGLI (FN 23), S. 65; FRANK VISCHER/ROLAND M. MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Basel 2014, S. 346 f. (zit. VISCHER/MÜLLER); GEISER AJP 2016 (FN 11), S. 1380 f.; KUKO OR-SCHWAIBOLD (FN 28), Art. 337, N 18.

³⁰ GEISER AJP 2016 (FN 11), S. 1380; GEISER/MÜLLER (FN 24), N 662; FRITZ RAPP, Die fristlose Kündigung des Arbeitsvertrages, in: BJM 1978, S. 169 ff., S. 172; MARIO VITALI, Die Verdachtskündigung im System von Art. 337 ff. OR, in: ArbR 2000, S. 97 ff. 8 (zit. VITALI).

³¹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_251/2015 vom 6. Januar 2016; Urteil des Bundesgerichts 4A_419/2015 vom 19. Februar 2016; Urteil des Bundesgerichts 4A_694/2015 vom 4. Mai 2016; Urteil des Bundesgerichts 8C_294/2011 vom 29. Dezember 2011; Urteil des Bundesgerichts in JAR 2001, S. 304; Urteil des Bundesgerichts 4C_112/2002 vom 8. Oktober 2002; Arbeitsgericht Zürich in ZR 1998, N 77; Arbeitsgericht Bern in JAR 1994, S. 225; Cour d'appel Genève (CA GE) in JAR 2001, S. 315.

³² Urteil des Bundesgerichts 4C.317/2005 vom 3. Januar 2006, E. 5.3; Urteil des Bundesgerichts 4C.103/1999 vom 9. August 1999, E. 3 = Pra 2000, N 11; Urteil des Bundesgerichts 4C.112/2002 vom 8. Oktober 2002, E. 6.

³³ Vgl. GEISER/MÜLLER (FN 24), N 663; BRÜHWILER (FN 24), Art. 337, N 13; VISCHER/MÜLLER (FN 29), S. 346 f.

Art. 337c Abs. 3 OR erwähnte Entschädigungsleistung nicht geschuldet. Eine basierend auf blossem Verdacht ausgesprochene Kündigung durch eine Partei beinhaltet nach dieser Ansicht somit immer das Risiko, im Nachhinein und bei Beweislosigkeit arbeitsrechtliche Haftungsfolgen auszulösen.³⁴ Es ist deswegen in der Lehre auch öfters der «Ratschlag» vorzufinden, wonach der Arbeitgeber (aber auch der Arbeitnehmer) nur mit *Bedacht* eine Verdachtskündigung aussprechen solle.³⁵

[Rz 11] Das Bundesgericht schränkt diese grundsätzlich geltenden Regeln zur *ausserordentlichen Verdachtskündigung* in zweifacher Hinsicht ein: (1.) Ein blosser Verdacht reicht immerhin dann zur (rechtmässigen) ausserordentlichen Kündigung aus, wenn der Arbeitnehmer die Verdachtsaufklärung ungerechtfertigt vereitelt oder behindert.³⁶ Weiter besagt das Bundesgericht, (2.) dass der *blosse Verdacht* eines schweren Vergehens oder einer schweren Verfehlung eine fristlose Kündigung allenfalls (in Bezug auf den wichtigen Grund) rechtfertigen kann, auch wenn der gegenüber dem Arbeitnehmer gemachte Vorwurf sich nachträglich als *nicht beweisbar* oder gar *unrichtig* herausstellt – dies allerdings nur dann, wenn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses aufgrund des konkreten Verdachts unter den gegebenen Umständen als *unmöglich* erscheint.³⁷ In letzterem Falle setzt das Bundesgericht jedoch einschränkend voraus, dass der Arbeitgeber alle ihm *zumutbaren Handlungen* vorgenommen hat, welche zur Aufklärung des geäusserten Verdachts von ihm erwartet werden konnten. Wird die Aufklärungspflicht nicht oder nicht in ausreichendem Masse wahrgenommen, so ist die ausserordentliche Verdachtskündigung als ungerechtfertigt anzusehen.³⁸ Damit eröffnet das Bundesgericht die Möglichkeit rechtmässiger Verdachtskündigungen unabhängig der objektiven Realität und subjektiviert zumindest teilweise den Verdacht und damit die wichtigen Gründe gemäss Art. 337 Abs. 2 OR. Unverändert bleibt hingegen, sollte sich der Verdacht nicht erhärten oder nachträglich als falsch herausstellen, dass der Lohn bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin geschuldet bleibt (Art. 337c Abs. 1 OR).³⁹

2. Zulässigkeit der ordentlichen Verdachtskündigung

[Rz 12] Etwas schwieriger gestaltet sich die Rechtslage hinsichtlich der *ordentlichen Verdachtskündigung*. Wegen des Grundsatzes der Kündigungsfreiheit kann jede Partei das unbefristete Arbeitsverhältnis auch ohne einen wichtigen Grund aufheben. Eine Verdachtskündigung ist somit prinzipiell zulässig und steht im freien Belieben der Parteien.⁴⁰ Wie oberhalb bereits angemerkt wurde, kann jedoch eine ordentliche Kündigung ebenfalls rechtsmissbräuchlich sein, dies auch über die explizit in Art. 336 OR aufgeführten Gründe hinaus. Entlässt der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer, welcher dem Vorwurf der Begehung einer Straftat oder sonstigen Pflichtverletzung

³⁴ Vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), Art. 337, N 10; WOLFGANG PORTMANN, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK OR I-AUTOR), Art. 337, N 23.

³⁵ Vgl. GEISER AJP 2016 (FN 11), S. 1380; CARRON/CRITTIN (FN 22), S. 4.

³⁶ Urteil des Bundesgerichts in ARV 2001, S. 38; vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 2), Art. 337, N 10.

³⁷ So Urteil des Bundesgerichts 4A_419/2015 vom 19. Februar 2016, E. 2.1.2; Urteil des Bundesgerichts 4C.317/2005 vom 3. Juni 2006, E. 5.3; vgl. dazu auch PORTMANN/DOBREVA (FN 11), S. 95.

³⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_419/2015 vom 19. Februar 2016, E. 2.1.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_507/2010 vom 2. Dezember 2010, E. 3.5 = JAR 2011, S. 377.

³⁹ Vgl. GEISER/MÜLLER (FN 24), N 663.

⁴⁰ Vgl. EGLI (FN 23), S. 61; WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht. 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 766.

ausgesetzt ist, so kann Ersterer dadurch seine Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR verletzen. Die ordentliche Kündigung ist rechtsmissbräuchlich und löst die entsprechenden Folgen von Art. 336a Abs. 1 und Abs. 2 OR aus. Ob der Arbeitgeber seine Fürsorgepflicht tatsächlich verletzt, hängt von den konkreten Umständen ab.⁴¹

[Rz 13] Wie jüngst durch das Bundesgericht bestätigt wurde, findet sich die für die ausserordentliche Kündigung statuierte Aufklärungspflicht in gewissem Umfange auch bei ordentlich ausgesprochenen Verdachtskündigungen wieder. So soll der Arbeitgeber im Rahmen seiner Fürsorgepflicht dazu angehalten sein, alle zumutbaren Aufklärungshandlungen vorzunehmen, um die Persönlichkeit des Arbeitnehmers adäquat zu schützen (so beispielsweise, wenn der Arbeitnehmer unternehmensintern schweren deliktischen Vorwürfen ausgesetzt ist). Eine ordentliche Verdachtskündigung wäre demnach rechtsmissbräuchlich, wenn diese auf ehrenrühriges Verhalten zurückzuführen ist und diese Begründung ohne Beweise und ohne jede Überprüfung angebracht wird, um den Arbeitnehmer folglich (ordentlich) zu entlassen.⁴²

3. Überleitung

[Rz 14] Im Nachfolgenden werden die jeweiligen Szenarien und Rechtsfolgen im Zusammenhang mit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, basierend auf Verdacht, anhand der jüngeren Rechtsprechung näher erörtert. Es wird eingangs auf die in Lehre und Rechtsprechung hauptsächlich behandelte Thematik der ausserordentlichen Kündigung eingegangen. In einem zweiten Schritt gilt es die Besonderheiten hinsichtlich der Verdachtskündigung in Bezug auf eine ordentlich ausgesprochene Kündigung zu erörtern.

III. Rechtsfolgen bei ausserordentlicher Verdachtskündigung

A. Urteil des Bundesgerichts 4A_419/2015 vom 19. Februar 2016 – Sachverhalt

[Rz 15] Die Firma A. AG mit Sitz im Kanton Genf erbringt Logistikdienstleistungen. An verschiedenen Orten in der Gemeinde V. befinden sich einerseits Betriebsräumlichkeiten und andererseits Lagerungsanlagen/Lagerhallen für die Lagerung gefährlicher Produkte (sog. Zone Z). Zone Z ist Gegenstand besonderer Sicherheitsweisungen von Seiten der A. AG. Insbesondere ist es verboten, in diesem Bereich zu fotografieren.

[Rz 16] Am 15. Oktober 2013 entliess die A. AG den Arbeitnehmer B. mit *sofortiger Wirkung*. Sie liess dem Mitarbeiter ein Bestätigungsschreiben zukommen, nach welchem dieser eingestehen solle, dass er einen anderen Mitarbeiter C. gebeten habe, innerhalb der Zone Z Fotografien zu machen, was streng verboten sei. Der Mitarbeiter B. verweigerte die Unterzeichnung dieses Schreibens. Er erhielt sein Gehalt bis und mit 15. Oktober 2013.

[Rz 17] Argument für die fristlose Entlassung des Mitarbeiters B. war die Anschuldigung des Kollegen C., B. hätte ihn gebeten, in der Zone Z Fotografien zu machen. Vor Gericht bestätigte C. seine Erklärung, die er am 11. Oktober 2013 unterschrieben hatte, in der er darauf hinwies, dass

⁴¹ Vgl. zur ordentlichen Verdachtskündigung GEISER AJP 2016 (FN 11), S. 1380 f.

⁴² Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_694/2015 vom 4. Mai 2016, E. 2.2.

er seinen Vorgesetzten über die Aufforderung zum Fotografieren durch Mitarbeiter B. informiert habe. Gegen diese Kündigung ging der Mitarbeiter gerichtlich vor und erhielt vor Bundesgericht Recht.

B. Begründung des Bundesgerichts

[Rz 18] Das Bundesgericht führte aus, dass nach Art. 337 OR sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag jederzeit aus wichtigem Grund kündigen könne (Abs. 1). Insbesondere stellten alle Umstände, die die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach guten Treuen unmöglich machen würden, einen zureichenden Grund dar. Die Feststellung der Gründe, welche zur Kündigung führen, sei eine Tatsachenfrage.

[Rz 19] Das Bundesgericht schliesst grundsätzlich nicht aus, dass der Verdacht einer schweren Straftat oder einer schwerwiegenden Pflichtverletzung eine sofortige Entlassung rechtfertigen könne, selbst wenn sich herausstelle, dass die Anschuldigung gegen den Mitarbeiter unbegründet sei oder nicht nachgewiesen werden könne. Je nach den Umständen könne ein solcher Verdacht die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses verunmöglichen. Andere Elemente würden jedoch im Allgemeinen die Gültigkeit einer Verdachtskündigung ausschliessen, sei es entweder, weil der behauptete Verstoss, selbst wenn er bewiesen wäre, nicht signifikant genug wäre, um eine fristlose Entlassung ohne Verwarnung zu rechtfertigen, oder weil der Arbeitgeber nicht alles getan habe, was von ihm erwartet werden könne, um die Verdächtigungen zu überprüfen.

[Rz 20] In casu führte das Obergericht aus, die fristlose Entlassung sei ungerechtfertigt gewesen. Die Arbeitgeberin habe die wichtigen Gründe, auf welche sie sich berufe, nicht nachgewiesen. Die belastenden Aussagen des Mitarbeiters C. würden durch kein anderes Beweismittel bestätigt. Und selbst wenn die Arbeitgeberin die Aufforderung des B. tatsächlich nachgewiesen hätte, hätte dies allein keine sofortige Entlassung rechtfertigen können. Die Arbeitgeberin hätte dem Mitarbeiter B. vor der Entlassung die Gelegenheit geben müssen, sich zu den Vorwürfen seines Kollegen C. zu äussern, da sie die Schwere des möglichen Fehlverhaltens von B. erst nach der Bestätigung, ob B. das Verbot der Aufnahme von Fotografien bekannt war oder nachdem sie die Gründe für seine Anfrage gekannt hätte, hätte einschätzen können. Der alleinige Verdacht, Mitarbeiter B. hätte um die Aufnahme von Fotografien gebeten, reiche nicht aus, um eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen.

[Rz 21] Das Bundesgericht bestätigte diese Ansicht, indem es festhielt, die Tatsache, dass der Mitarbeiter nicht angehört und vor vollendete Tatsachen gestellt worden sei, beraube die fristlose Kündigung jeglicher Rechtmässigkeit.

C. Bemerkungen

[Rz 22] Im vorliegenden Entscheid hatte das Bundesgericht in jüngster Zeit die Möglichkeit, seine Rechtsprechung zur *ausserordentlichen Verdachtskündigung* zu bestätigen und in Bezug auf die Aufklärungspflicht zu erörtern. In diesem Zusammenhang wurde zu Recht von einer Verdachtskündigung ausgegangen, denn über die tatsächlichen Geschehnisse war die Arbeitgeberin nicht im Bilde. Lediglich stützte sie sich auf eine Aussage eines Mitarbeiters, was das Bundesgericht als unzureichend hinsichtlich der Beweislage erachtete. Dem gilt es nach hier vertretener Auffassung beizupflichten. Damit eine ausserordentliche Verdachtskündigung im vorliegenden Falle

hätte rechtmässig sein können, hätte die Arbeitgeberin zumindest den betreffenden Arbeitnehmer anhören sollen.

[Rz 23] Wie die gebotenen Überprüfungshandlungen auszusehen haben, ist einzelfallabhängig. Es ist jedoch unerlässlich, mit dem angeschuldigten Mitarbeiter das Gespräch zu suchen und ihm die Möglichkeit zu geben, sich zur Sache zu äussern, und zwar *bevor* der Entschluss gefasst wird, den Arbeitnehmer zu entlassen. Die Durchführung eines kurzen Gesprächs mit dem angeschuldigten Mitarbeiter, nachdem man die Entlassung gestützt auf die Anschuldigung ohne weitere Überprüfung bereits beschlossen hat, reicht nicht aus, da der Mitarbeiter so nicht die Möglichkeit hat, sich wirksam zu verteidigen.

IV. Rechtsfolgen bei ordentlicher Verdachtskündigung

A. Urteil des Bundesgerichts 4A_694/2015 vom 4. Mai 2016 – Sachverhalt

[Rz 24] Die Z. Stiftung betreibt eine medizinisch-soziale Einrichtung in Renens. X. begann am 2. Dezember 2002 als Krankenschwesterhelferin zu arbeiten, dann als Vollzeit-Gesundheitshelferin. Im April 2013 betrug ihr Bruttogehalt pro Monat CHF 4'724.

[Rz 25] Im April 2013 wurde die Mitarbeiterin in das Büro des Direktors der Stiftung gerufen. In Anwesenheit von zwei Angestellten wurde sie über einen Gelddiebstahl befragt, den ein Bewohner der Einrichtung (U.) kürzlich erlitten hatte. Mit Schreiben vom gleichen Tag kündigte die Stiftung der Mitarbeiterin mit Wirkung per 31. Juli 2013 das Arbeitsverhältnis ordentlich und stellte diese von der Arbeit frei. Die Kündigung mit Freistellung war durch den vermeintlichen Diebstahl motiviert, welcher U. bei der Stiftungsleitung moniert hatte. Begründet wurde die Kündigung wie folgt: «...à la suite des accusations de vol portées à votre encontre par un résident, après l'avoir entendu et après un entretien pour entendre vos explications, nous avons formé notre conviction et le lien de confiance est définitivement rompu.» X. reagierte auf diesen Vorwurf und erhob am 31. Juli 2013 gegen die Entlassung Einspruch, welche sie als missbräuchlich erachtete.

[Rz 26] Auf Veranlassung von U. wurde ein Strafverfahren gegen X. eingeleitet. Mit Beschluss vom 15. September 2014 wies die Bezirksstaatsanwaltschaft Lausanne den Fall als unbegründet zurück. X. klagte aufgrund Missbräuchlichkeit der Kündigung und erhielt vor Bundesgericht Recht.

B. Begründung des Bundesgerichts

[Rz 27] Das Bundesgericht führte ganz grundsätzlich aus, die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses sei missbräuchlich, wenn sie aus Gründen des Art. 336 Abs. 1 OR ausgesprochen werde. Diese Bestimmung beschränke das Recht der Parteien, den Vertrag einseitig aufzulösen. Habe eine Partei zu Unrecht gekündigt, so sei die andere Partei nach Art. 336a Abs. 1 und 2 OR ermächtigt, eine Entschädigung zu verlangen, deren Höhe vom Gericht unter Berücksichtigung aller Umstände frei bestimmt werde. Die Entschädigung dürfe jedoch den Gegenwert von sechs Monatslöhnen nicht übersteigen. Die Aufzählung von Art. 336 Abs. 1 OR sei nicht abschliessend und eine missbräuchliche Kündigung könne daher auch in weiteren Situationen auftreten, die aufgrund ihrer Schwere mit den ausdrücklich aufgeführten Gründen vergleichbar seien. Eine

ordentliche Kündigung sei missbräuchlich, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein ehrverletzendes Verhalten vorwerfe, sich diese Anschuldigung als unbegründet erweise und der Arbeitgeber sie ohne ernsthafte Beweise sowie ohne eine Überprüfung vorgenommen zu haben, erhoben habe. Im Hinblick auf Art. 328 Abs. 1 OR verletze der Arbeitgeber damit gravierend seine Pflicht, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen.

[Rz 28] Eine ordentliche Kündigung sei aber nicht allein deshalb missbräuchlich, weil die Anschuldigung gegen den Arbeitnehmer letztlich unbegründet sei oder nicht bestätigt werden könne. Die Missbräuchlichkeit setze darüber hinaus voraus, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer *leichtfertig* und *ohne vernünftige Begründung* beschuldigt habe. Die ordentliche Kündigung dürfe nicht strengeren Anforderungen unterworfen werden als die fristlose Entlassung aus wichtigem Grund nach Art. 337 OR. Das Bundesgericht schliesse dennoch in seiner Rechtsprechung nicht aus, dass der blosser Verdacht auf eine schwerwiegende Straftat eine sofortige Entlassung rechtfertigen könne.

[Rz 29] Der Verdacht eines Diebstahls könne, sofern er auf stichhaltigen Beweisen beruhe und der Arbeitgeber alle von ihm zu erwartenden Nachprüfungen ordnungsgemäss vorgenommen habe, sicherlich eine ordentliche Kündigung rechtfertigen, da sich dies aus dem Prinzip der Kündigungsfreiheit der Parteien ergebe.

[Rz 30] Die Lehre habe sich kürzlich zu den Untersuchungen geäussert, die der Arbeitgeber durchführen müsse, wenn er beabsichtige, einen Arbeitnehmer nach einer gegen ihn eingegangenen Anschuldigung zu entlassen. So solle der Arbeitgeber bei schwerwiegenden Vorwürfen eine umfassende Untersuchung durchführen oder durchführen lassen, bei schweren Anschuldigungen möglicherweise durch eine externe Stelle, die für den gemeldeten Arbeitnehmer Garantien umfasse, die denjenigen einer strafrechtlichen Untersuchung gleichwertig seien, wie die Möglichkeit, seine Verteidigung vorzubereiten, einen Beistand mitzunehmen und Beweismittel und Beweise vorzubringen.

[Rz 31] Diese Beiträge zeigten auf, dass der Arbeitgeber alle Anstrengungen unternehmen müsse, um die angeprangerten Tatsachen zu überprüfen. Es sei kaum umstritten, dass der Arbeitnehmer im Lichte von Art. 328 Abs. 1 OR seine Position fair verteidigen können müsse, wenn seine Ehre gefährdet sei. Im Übrigen könnten die vom Arbeitgeber zu ergreifenden Massnahmen nicht abstrakt und absolut betrachtet werden. Diese würden von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängen.

[Rz 32] Zu den zu bestimmenden Umständen gehöre die Festlegung der vom Arbeitgeber getroffenen Massnahmen zur Überprüfung der gegen den Arbeitnehmer erhobenen Anschuldigungen einerseits und zur Verteidigung des Arbeitnehmers gegen diese Anschuldigungen andererseits.

[Rz 33] In casu habe die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis gestützt auf die Aussage des Bewohners U. gekündigt, obwohl die beschuldigte Arbeitnehmerin X. den Vorwurf abstritt. Der Direktor habe X. zwar befragt, jedoch keine andere Überprüfung vorgenommen. Nach Ansicht des Bundesgerichts sei das Verhalten des U. seltsam. Das mehrmalige sorgfältige Kontrollieren seiner Geldbörse zeige auf, dass er nicht genau gewusst habe, wie viel Geld er besass und zeuge davon, dass U. zu Misstrauen neige. In diesem Zusammenhang sei zwar nicht bekannt, dass U. falsche Anschuldigungen gegen X. vorgebracht habe, doch seien diese mit Vorsicht zu betrachten.

[Rz 34] Weiter habe der Direktor nicht ignorieren können, dass U. sein Zimmer mit einem anderen Bewohner teile. Es wäre daher notwendig gewesen, auch diesen Bewohner zu befragen,

insbesondere dazu, ob er im Raum anwesend war und die Arbeitnehmerin X. beobachtete. Diese Vorgehensweise wäre unverzichtbar gewesen, sei jedoch weggelassen worden.

[Rz 35] Die Bedingungen des Gespräches des Direktors mit der Arbeitnehmerin X. seien ebenfalls zu kritisieren. So sei diese nicht vorgewarnt worden, dass sie des Diebstahls bezichtigt wurde. Nur U. hätte ihr mitgeteilt, dass Geld aus seiner Börse verschwunden sei. Auch habe der Direktor X. keine Gelegenheit geboten, vor und während des Gespräches unterstützt zu werden, obwohl er selbst von zwei Führungskräften begleitet worden sei. Die Arbeitnehmerin sei sowohl mit der Anschuldigung als auch mit der Entlassung überrascht worden, ohne wirklich ihre Ehre verteidigen zu können.

[Rz 36] Im sensiblen Bereich einer medizinisch-sozialen Einrichtung sei ein Diebstahl, der von einem Angestellten zu Lasten eines Bewohners begangen werde, ein schwerwiegendes Ereignis. Aus diesem Grund stelle der Vorwurf des Diebstahls gegen einen Angestellten eine nicht minder schwerwiegende Ehrverletzung des Beschuldigten dar. Die Arbeitnehmerin X. arbeitete seit elf Jahren in dieser Einrichtung. Die Arbeitgeberin entliess sie aufgrund eines schweren Vorwurfs des Diebstahls, gestützt auf eine unbewiesene Anschuldigung, ohne alle erforderlichen Überprüfungen vorgenommen zu haben und ohne der Arbeitnehmerin X. die Möglichkeit gegeben zu haben, ihre Position oder ihre Ehre wirksam zu verteidigen. Das Bundesgericht erachtete es daher als begründet, dass die Arbeitnehmerin X. eine ungerechtfertigte Entlassung beanstandete, da sie vorliegend gegen Art. 328 Abs. 1 sowie Art. 336 Abs. 1 OR verstosse.

C. Bemerkungen

[Rz 37] Mit dem vorliegenden Fall hatte das Bundesgericht eine selten in der Praxis auftretende Konstellation der ordentlichen Verdachtskündigung zu beurteilen. Eine *ordentliche Verdachtskündigung* kann demnach trotz des Prinzips der Kündigungsfreiheit missbräuchlich i.S.v. Art. 336 Abs. 1 OR sein, wenn die Arbeitgeberin die Kündigung gestützt auf einen unbewiesenen Verdacht ausspricht, ohne dem Angestellten die Möglichkeit zu geben, sich wirksam zu verteidigen und ohne sämtliche gebotenen Aufklärungshandlungen vorzunehmen. Die für die ausserordentliche Verdachtskündigung entwickelte Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht der die Kündigung aussprechenden Partei (hier, wie so oft, die Arbeitgeberin) lässt sich somit in ähnlichem Umfang auch auf die ordentliche Verdachtskündigung anwenden. Relevant ist allerdings, dass ein der Kündigung zugrundeliegender Grund sich als rechtsmissbräuchlich i.S.v. Art. 336 Abs. 1 OR qualifizieren lässt. Zumeist dürfte es sich, wie denn auch im vorliegenden Falle, um eine Fürsorgepflichtverletzung des Arbeitgebers handeln, welcher die Persönlichkeit seiner Arbeitnehmerin durch Unterlassen weiterer Abklärungen nicht zureichend geschützt hat. Das Bundesgericht hat hier dem Prinzip der Kündigungsfreiheit eine wichtige Schranke gesetzt und indirekt festgehalten, dass die Verdachtskündigung auch nicht auf dem Wege der ordentlichen Kündigung (unter gleichzeitiger Freistellung) «umgangen» werden kann. Der Entscheid ist nach hier vertretener Ansicht nicht zu beanstanden.

V. Zusammenfassung

[Rz 38] Aus den obigen Ausführungen wird ersichtlich, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur sowohl ausserordentlichen wie auch ordentlichen Verdachtskündigung inzwischen

recht klare Konturen angenommen und sich eine beachtliche Fülle an Urteilen angesammelt hat. Die Verdachtskündigung kann in beiden Konstellationen – unter den gegebenen Voraussetzungen – rechtmässig ergehen. In der Praxis überwiegen nachvollziehbarerweise die Fälle ausserordentlicher Verdachtskündigungen bei weitem. Dies hängt primär damit zusammen, dass bei einer ordentlichen Kündigung nur selten Rechtsstreitigkeiten auftreten, die vor Gericht ausgetragen werden, seltener zumindest, als dies bei fristlos ausgesprochenen Kündigungen der Fall ist. Auf der anderen Seite aber liegt der Grund vor allem im Prinzip der *Kündigungsfreiheit*, welches bei der ordentlichen Kündigung eine äusserst hohe Hürde darstellt. Hinsichtlich der Flexibilität des schweizerischen Arbeitsrechts in Bezug auf die Rechtmässigkeit einer Entlassung ist dies allerdings richtig und wichtig. Eine unnötige Beschränkung der (ordentlichen) Kündigungsfreiheit gilt es auch im Rahmen der Verdachtskündigung zu vermeiden.

[Rz 39] So bleibt es dabei: Eine ordentliche Verdachtskündigung wird nur in den allerwenigsten Fällen zu beanstanden sein. Anders sieht es aus bei ausserordentlichen Verdachtskündigungen, bei welchen die Rechtmässigkeit primär von der Erhärtung des Verdachts abhängt. Erweist sich der Verdacht nachträglich als *unzutreffend*, so ist der vertraglich vereinbarte Lohn bis zum ordentlichen Ende des Arbeitsverhältnisses geschuldet. Sofern die vom Bundesgericht aufgestellten (einschränkenden) Bedingungen über die Zulässigkeit der ausserordentlichen Verdachtskündigung zutreffen, entfällt aber immerhin eine allfällige Entschädigungsleistung nach Art. 337c Abs. 3 OR. Mit anderen Worten ist diesfalls lediglich Art. 337c Abs. 1 OR einschlägig, wonach eine «ungerechtfertigte» Entlassung aus wichtigem Grunde den Arbeitgeber dazu verpflichtet, dem Arbeitnehmer diejenige Summe zu ersetzen, die er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre.

DANIEL DONAUER, MLaw, ist Rechtsanwalt bei Walder Wyss in Zürich.

NICOLE DONAUER, MLaw, ist Anwalts- und Notaranwarterin im Kanton Solothurn.