

**00/01 5 Arbeitsvertragsrecht. Art. 337, Art. 337c OR. Art. 35 aArG bzw. Art. 35a Abs. 2 ArG. Fristlose Entlassung während einer Schwangerschaft, Bemessung der Pönalentschädigung. Da Schwangere gemäss Arbeitsgesetz auf blosser Anzeige hin von der Arbeit wegbleiben oder diese verlassen dürfen, verletzt eine schwangere Arbeitnehmerin dadurch, dass sie für diese Abwesenheiten kein Arztzeugnis beibringt, keine ihrer obliegenden Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis, was den Arbeitgeber zu einer gerechtfertigten fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses berechtigen würde (E. 2a und 2b). Als massgebliche Kriterien für die Festlegung der Höhe der Entschädigung im Sinne von Art. 337c OR kommen u.a. die Schwere der Vertragsverletzung sowie der Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers, das Verschulden des Arbeitgebers, nachteilige Folgen der Entlassung, soweit sie durch Schadenersatz nicht ausgeglichen werden, die persönliche Situation des Arbeitnehmers und die Art und Weise der ungerechtfertigten Entlassung in Betracht. In casu wurde u.a. aufgrund der Tatsache, dass die Arbeitnehmerin während der laufenden gesetzlichen Sperrfrist fristlos entlassen wurde, obwohl sich diese keine Pflichtverletzung hatte zuschulden kommen lassen, wie auch aufgrund des Umstandes, dass die Folgen der fristlosen Entlassung für die schwangere, alleinstehende Arbeitnehmerin einschneidend war, eine Entschädigung mittlerer Höhe, von ca. drei Monatslöhnen, als angemessen erachtet (E. 3).**

Bundesgericht, 15. Februar 2001, 4C.271/2000 (siehe 00/01 1), das eine gegen den Entscheid des Obergerichtes vom 10. Dezember 1999, OG Z 99 3 und OG Z 99 5, gerichtete Berufung betreffend fristlose Entlassung abwies und in teilweiser Gutheissung der Anschlussberufung die Pönalentschädigung erhöhte.

#### **Aus den Erwägungen:**

2. Der Beklagte rügt, die Vorinstanz habe die fristlose Entlassung zu Unrecht als ungerechtfertigt angesehen und damit Art. 337c OR verletzt. Er verlangt mit dieser Begründung die Abweisung der Lohn- bzw. Schadenersatzforderung für April 1996 bis Dezember 1996 von insgesamt Fr. 32'400.-- sowie der Pönalbusse von Fr. 3'600.--.

a) Ein Arbeitsvertrag ist aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos kündbar (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). Ob ein wichtiger Grund die fristlose Entlassung rechtfertigt, entscheidet das Gericht nach Ermessen, wobei allerdings die unverschuldete Verhinderung an der Arbeitsleistung in keinem Fall als wichtiger Grund anerkannt werden darf (Art. 337 Abs. 3 OR). Die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses bildet eine ausserordentliche Massnahme und ist daher nur mit Zurückhaltung zuzulassen. Nach der Rechtsprechung rechtfertigen nur besonders schwere oder trotz Mahnung bzw. Verwarnung wiederholte Verletzungen von Arbeits- oder Treuepflichten des Arbeitnehmers dessen fristlose Entlassung (BGE 121 III 467 E. 4d; 117 II 72 E. 3; vgl. auch BGE 124 III 25 E. 3a).

b) Der Beklagte hat die fristlose Entlassung damit begründet, dass die Klägerin für eine mehrtägige Abwesenheit während der Schwangerschaft kein Arztzeugnis vorgelegt habe. Nach Art. 35 des Arbeitsgesetzes (ArG; SR 822.11) in der hier anwendbaren Fassung vom 13. März 1964 dürfen Schwangere auf blosser Anzeige hin von der Arbeit wegbleiben oder diese verlassen. (Daran hat auch die Revision vom 1. August 2000 nichts geändert, vgl. Art. 35a Abs. 2 ArG und dazu Urs F. Meyer, Das Arbeitsgesetz, Handbuch für die Praxis, Zürich 2000, S. 81). Gründe für eine zeitliche Einschränkung dieser Erleichterung zugunsten Schwangerer, wie sie der Beklagte befürwortet, sind nicht erkennbar. Vielmehr ist davon auszugehen, dass eine schwangere Arbeitnehmerin überhaupt nur mit ihrem Einverständnis beschäftigt werden kann und aus diesem Grund eine Anzeige zur Orientierung des Arbeitgebers über die Abwesenheit vom Arbeitsplatz hinreichend ist (Rehbinder/ Müller, ArG, Arbeitsgesetz, 5. Aufl., S. 159; Walther Hug, Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1971, S. 262). Die Klägerin hat daher keine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis.

nis verletzt und erst recht keinen Anlass zur fristlosen Entlassung gegeben, wenn sie für ihre Abwesenheit vom Arbeitsplatz während der Schwangerschaft kein Arztzeugnis beibrachte. Die Berufung ist als unbegründet abzuweisen.

3. Die Klägerin verlangt in ihrer Anschlussberufung eine Erhöhung der Pönalentschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR auf rund drei Monatslöhne.

a) Die Festsetzung der Höhe der Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR liegt im Ermessen des Sachgerichts, bei dessen Überprüfung sich das Bundesgericht Zurückhaltung auferlegt. Es schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn Tatsachen berücksichtigt wurden, die keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn umgekehrt Umstände ausser Betracht geblieben sind, die zwingend hätten beachtet werden müssen. In derartige Ermessensentscheide wird ferner eingegriffen, wenn sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 123 III 246 E. 6a; 121 III 64 E. 3c; 118 II 50 E. 4 und 410 E. 2).

b) Die Vorinstanz hat im vorliegenden Fall entschädigungserhöhend berücksichtigt, dass die Klägerin als alleinstehende Schwangere bzw. alleinerziehende Mutter durch die plötzliche Entlassung erheblich grösseren Zukunftsängsten und Existenzsorgen ausgesetzt war als eine kinderlose alleinstehende Person. Ausserdem hatte die Klägerin wegen ihrer Schwanger- und Mutterschaft während einer gewissen Zeit schlechtere Chancen auf dem Arbeitsmarkt. Entschädigungsmindernd berücksichtigte die Vorinstanz dagegen, dass sich die Klägerin ab dem 29. März 1996 (Ostern) einige Tage in Österreich aufgehalten habe, ohne dort in ärztlicher Betreuung gewesen zu sein. Ebenso wurde die nicht sachdienliche Einmischung des Freundes der Klägerin als entschädigungsmindernd berücksichtigt, genauso wie der Umstand, dass das Arbeitsverhältnis weder lange gedauert habe noch besonders eng gewesen sei.

c) Die Klägerin macht zutreffend geltend, dass Dauer und Enge der Vertragsbeziehung im vorliegenden Fall nicht als entschädigungsmindernd in Betracht gezogen werden können. Eine dreijährige Arbeitsvertragsbeziehung ohne besondere Vorkommnisse kann zwar nicht als besonders eng oder besonders lang bezeichnet werden, so dass deswegen eine Erhöhung der Entschädigung gerechtfertigt wäre. Es kann aber auch nicht angenommen werden, die Dauer sei derart gering, dass die Verletzung durch die ungerechtfertigte Entlassung aus diesem Grunde leichter wiege (BGE 116 II 300 E. 6). Die Dauer des Arbeitsverhältnisses kann im vorliegenden Fall somit weder zur Begründung einer höheren noch einer tieferen Entschädigung herangezogen werden. Der Klägerin ist darin beizupflichten, dass ihr Aufenthalt bei Verwandten in Österreich über Ostern nicht entschädigungsmindernd in Betracht gezogen werden kann. Die Vorinstanz verkennt bei ihrer Beurteilung, dass die Klägerin während ihrer Schwangerschaft gemäss Art. 35 Abs. 1 ArG grundsätzlich nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet war und daher auch ohne eigentliche medizinische Behandlungsbedürftigkeit der Arbeit fernbleiben durfte. Es kann ihr daher unter dem Gesichtspunkt eines Mitverschuldens nicht zum Vorwurf gereichen, dass sie sich während ihrer Schwangerschaft für ein paar Tage nach Österreich begab. Der Begründung des angefochtenen Urteils ist weiter nicht zu entnehmen, inwiefern die Klägerin für das Verhalten ihres damaligen Freundes dem Beklagten gegenüber verantwortlich gemacht werden könnte. Den Feststellungen im angefochtenen Urteil ist nichts zu entnehmen, was darauf schliessen liesse, dass die Klägerin das offenbar zu beanstandende Verhalten ihres Freundes veranlasst haben oder dass ihr umgekehrt die Unterlassung bestimmter möglicher und zumutbarer Interventionen zur Verhinderung dieser Vorkommnisse zum Vorwurf gemacht werden könnte. Für fremdes Verhalten ist die Klägerin grundsätzlich nicht verantwortlich und ein solches kann ihr auch im Rahmen eines Mitverschuldens im Sinne von Art. 337c OR nur zum Vorwurf gereichen, wenn sie eine besondere Verantwortung dafür trifft. Die Vorinstanz hat bei ihrer ermessensweisen Festlegung der Verletzungsbusse demzufolge Tatsachen entschädigungsmindernd berücksichtigt, die keine Rolle hätten spielen dürfen. Da die Vorinstanz ihr Ermessen in diesem Punkt rechtsfehlerhaft ausgeübt hat, ist die Entschädigung neu festzusetzen. Dabei ist zur Gutheissung der Anschlussberufung erforderlich, dass die Entschädigung im Ergebnis falsch bemessen ist.

d) Als massgebliche Kriterien für die Festlegung der Höhe der Entschädigung im Sinne von Art. 337c OR kommen namentlich die Schwere der Vertragsverletzung sowie der Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers, das Verschulden des Arbeitgebers, ein Mitverschulden des Arbeitnehmers (BGE 120 11 243 E. 3e), das Alter des Arbeitnehmers und dessen Stellung im Betrieb, nachteilige Folgen der Entlassung soweit sie durch Schadenersatz nicht ausgeglichen werden, die persönliche Situation des Arbeitnehmers (z.B. Schwangerschaft) sowie die Art und Weise der ungerechtfertigten Entlassung in Betracht (Stahelin, Zürcher Kommentar, N. 18 zu Art. 337c OR). Werden diese Kriterien dem vorliegenden Fall zugrunde gelegt, so ist von einer mindestens mittleren objektiven Schwere der Vertragsverletzung auszugehen. Der Beklagte hat die Klägerin während der gesetzlichen Sperrfrist gemäss Art. 336c OR fristlos entlassen, obwohl sich diese keine Pflichtverletzung hatte zuschulden kommen lassen. Ein Mitverschulden der Arbeitnehmerin ist wie erwähnt aufgrund der Feststellungen im angefochtenen Urteil zu verneinen. Die Folgen der fristlosen Entlassung waren für die schwangere, alleinstehende Klägerin dagegen einschneidend, wie die Vorinstanz zutreffend feststellt. Die Umstände der Entlassung - die Klägerin fand sich trotz Schwangerschaft der Aufforderung des Beklagten entsprechend am 16. April 1996 am Arbeitsplatz ein und wurde bei dieser Gelegenheit fristlos entlassen - sprechen mindestens für eine Entschädigung mittlerer Höhe. Eher für eine gewisse Minderung der Entschädigung spricht allein der Umstand, dass die nachteiligen Folgen der Entlassung aufgrund des Lohn- bzw. Schadenersatzes während acht Monaten weitgehend ausgeglichen wurden. Dies allein rechtfertigt jedoch keine derart geringe Entschädigung in Höhe eines Monatslohns, wie sie die Vorinstanz zugesprochen hat. Unter Würdigung aller Umstände, die das Bundesgericht bei einer freien Prüfung vorzunehmen hat, erscheint vielmehr eine Entschädigung von rund drei Monatslöhnen als angemessen. Die Anschlussberufung ist insoweit begründet, als die Klägerin eine Entschädigung gemäss Art. 337c Abs.3 OR in Höhe von Fr. 10'800.-- verlangt.