



Kommentar zu: Urteil [4A\\_559/2008](#) vom 12. März 2009  
Sachgebiet: Vertragsrecht  
Gericht: Bundesgericht  
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung  
dRSK-Rechtsgebiet: Arbeitsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#)

## Fristlose Entlassung wegen fehlender Arbeitsleistung

### Beginn der Reaktionsfrist für den Arbeitgeber bei andauernder Pflichtverletzung?

Autor / Autorin

Thomas Pietruszak  
**B BLES I & PAPA**  
Rechtsanwälte für Arbeits- und  
Sozialversicherungsrecht

Redaktor / Redaktorin

Thomas Geiser  
 **Universität St. Gallen**

Das Bundesgericht bestätigt in diesem Entscheid, dass einem Arbeitnehmer, der während Monaten keine brauchbare Arbeitsleistung erbrachte, ohne vorgängige Verwarnung fristlos gekündigt werden durfte. Solange der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung nicht erbringt, kann die fristlose Kündigung jederzeit ausgesprochen werden, ohne dass dem Arbeitgeber vorgeworfen werden kann, nicht rasch reagiert zu haben.

### Zusammenfassung des Entscheids

[Rz 1] Der Beschwerdeführer (Mitte 70) war als «Senior Advisor» einer Finanzdienstleistungsgesellschaft (Beschwerdegegnerin) angestellt. Seine Aufgabe war es im Wesentlichen, aufgrund seiner Erfahrungen und seines Beziehungsnetzes in den Bereichen Bildung, Kultur und NGOs potentielle Kunden für die Arbeitgeberin zu gewinnen. Der Arbeitsvertrag war auf ein Jahr befristet, das Jahressalär betrug CHF 330'000. Vereinbarter Arbeitsbeginn war der 1. November 2005. Es war auch vorgesehen, dass der Arbeitnehmer zu diesem Datum aus den USA nach Genf zieht.

[Rz 2] Anfang Dezember 2005 musste die Arbeitgeberin zur Kenntnis nehmen, dass der Beschwerdeführer entgegen der vertraglichen Verpflichtung noch nicht nach Genf gezogen war und seine Arbeit noch nicht aufgenommen hatte. In der Folge wurde zwischen den Parteien wiederholt eine Verschiebung des Arbeitsbeginns thematisiert. In einer E-Mail Ende Januar 2006 gestand der Arbeitnehmer offen ein, bis zum 10. Dezember 2005 noch keine Arbeitsleistung erbracht zu haben, stellte aber für die Monate Februar und März 2006 vielversprechende geschäftliche Begegnungen in Aussicht. In der Folge verstärkten sich die Spannungen zwischen den Parteien über die fehlende Arbeitsleistung und den Arbeitsbeginn. Anfang April 2006 forderte die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer auf zu kündigen, was dieser nicht tat. Am 30. April 2006 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis fristlos.

[Rz 3] Das Bundesgericht erachtet die fristlose Entlassung für gerechtfertigt. Es bejahte das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne von Art. 337 OR in Erwägung 4.2 wie folgt:

«[L]'obligation d'accomplir le travail donné par l'employeur est une obligation fondamentale qui incombe au travailleur (cf. art. 319 al. 1 CO). En ne faisant rien d'utile pour la défenderesse de début novembre 2005 à fin avril 2006, cela alors que sa rémunération annuelle brute dépassait 300'000 fr., le recourant a commis un manquement si grave à son contrat qu'il constituait un juste motif de congé ne nécessitant pas d'avertissement préalable.

Il ressort d'ailleurs d'une jurisprudence déjà ancienne que si le travailleur ne satisfait durablement pas aux exigences minimales que l'employeur est en droit d'attendre de tout collaborateur pour un poste du même genre, son incapacité professionnelle est un motif de renvoi abrupt (ATF 97 II 142 consid. 2a p. 145/146). Ce précédent est pertinent dans le cas présent.»

[Rz 4] Zu prüfen war weiter, ob die Arbeitgeberin die fristlose Kündigung am 30. April 2006 rechtzeitig ausgesprochen hatte. Das Bundesgericht bestätigt dabei seine bisherige Praxis, wonach der Arbeitgeber eine fristlose Kündigung rasch, d.h. in der Regel innert zwei bis drei Tagen, aussprechen muss, nachdem er vom wichtigen Grund Kenntnis erlangt hat. Im vorliegenden Fall erblickt es jedoch die Besonderheit, dass eine andauernde Verletzung der Arbeitspflicht vorliegt. Es zieht eine Parallele zu seiner Praxis zum Beginn der strafrechtlichen Verjährungsfrist bei Dauerdelikten und hält unter Verweis auf BGE 132 IV 49, 55 fest, dass dort die Verjährungsfrist erst beginnt, wenn das strafbare Verhalten aufhört (so ausdrücklich auch Art. 98 lit. c StGB). In analoger Anwendung dieser Praxis folgert es «que le délai de péremption du droit d'invoquer ce juste motif de congé n'avait pas commencé à courir avant la rupture du lien contractuel, laquelle a été signifiée avec effet immédiat le 30 avril 2006» (Erwägung 4.3.2). Die fristlose Kündigung war damit nach Ansicht des Bundesgerichts am 30. April 2006 auch rechtzeitig ausgesprochen worden, weshalb es die Beschwerde abwies.

#### **Kommentar**

[Rz 5] Das Bundesgericht bestätigt in dieser Entscheidung, dass ein Arbeitnehmer, der während längerer Zeit seine Arbeitspflicht verletzt, einen wichtigen Grund setzt, der eine fristlose Kündigung rechtfertigt. Gleiches gilt, wenn der Arbeitnehmer den minimalsten Erwartungen, die der Arbeitgeber mit Bezug auf die betreffende Tätigkeit an ihn haben darf, nicht gerecht wird, also eigentliches berufliches Versagen vorliegt.

[Rz 6] Bemerkenswert sind die Ausführungen des Bundesgerichts zur Reaktionsfrist. Nach bisheriger Praxis würde diese beginnen, sobald der Arbeitgeber hinreichend sichere Kenntnis von der schweren Pflichtverletzung erlangt hat. Im Falle einer andauernden schwerwiegenden Pflichtverletzung kann diese Regel zu unbilligen Ergebnissen führen. Ein Arbeitgeber, der es versäumt, rechtzeitig zu kündigen, müsste die fortdauernde Pflichtverletzung bis zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinnehmen. Das Bundesgericht hat daher mit dieser Entscheidung eine Ausnahmeregelung formuliert: Bei andauernder Verletzung der Arbeitspflicht soll die Reaktionsfrist erst beginnen, wenn die Pflichtverletzung endet, d.h. wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung wieder erbringt. Das Bundesgericht stellt folglich vor allem auf das Kriterium der Dauerhaftigkeit ab, weshalb damit gerechnet werden muss, dass es diese Ausnahme auch bei anderen andauernden schweren Pflichtverletzungen (z.B. einer Konkurrenzierung) machen wird.

[Rz 7] Nicht zu überzeugen vermag die Argumentation des Bundesgerichts, die vorliegende Ausnahme ergebe sich aus einer analogen Anwendung der Regeln über den Beginn der strafrechtlichen Verjährungsfrist (Art. 98 lit. c StGB). Die strafrechtliche Verjährung trägt dem Umstand Rechnung, dass der Schuld- und Unrechtsausgleich auch mit Zeitablauf an Bedeutung verliert und die Strafverfolgung und -vollstreckung mit Blick darauf als unverhältnismässig erscheint (BSK StGB I- MÜLLER Vor Art. 97 N 31). Art. 337 OR ist jedoch nicht primär eine Sanktionsnorm. Die Bestimmung will einer Vertragspartei ermöglichen, sich unverzüglich aus ihren vertraglichen Bindungen zu befreien, wenn ihr die Fortsetzung der Vertragsbeziehung nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann. Das Gesetz sieht diesbezüglich keine Reaktionsfrist vor. Dass dennoch eine solche gilt, ergibt sich aus vertrauensrechtlichen Überlegungen. Es geht darum, aus dem Verhalten des Arbeitgebers zu schliessen, ob diesem die Fortführung des Arbeitsverhältnisses bis zum ordentlichen

Kündigungstermin möglich bzw. zumutbar ist oder nicht und ob demzufolge ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR gegeben ist oder nicht (BGE 127 III 310, 315). Hat der Arbeitgeber von einer schwerwiegenden Pflichtverletzung des Arbeitnehmers hinreichende Kenntnis und unterlässt er es, rasch eine fristlose Kündigung auszusprechen, so darf der Arbeitnehmer dieses Verhalten nach Treu und Glauben dahingehend interpretieren, dass dem Arbeitgeber die Fortführung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist. Fraglich ist, ob der Arbeitnehmer sich nach Treu und Glauben auf eine solche Interpretation berufen darf, während er selber den Vertrag noch verletzt. Nach der hier vertretenen Auffassung muss ihm dies in Anwendung des Vertrauensprinzips und nach dem alten Grundsatz «qui contra jura mercatur, bonam fidem praesumitur non habere» verwehrt sein. Für dieses Ergebnis ist ein Analogieschluss zum Beginn der strafrechtlichen Verjährungsfrist somit nicht erforderlich.

**Zitiervorschlag:** Thomas Pietruszak, Fristlose Entlassung wegen fehlender Arbeitsleistung, in: dRSK, publiziert am 14. April 2009

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

**EDITIONS WEBLAW**

**Weblaw AG** | Cybersquare | Laupenstrasse 1 | 3008 Bern  
T +41 31 380 57 77 | F +41 31 380 57 78 | [info@weblaw.ch](mailto:info@weblaw.ch)

[www.weblaw.ch](http://www.weblaw.ch)