

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA100029-O/U01

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur.
M. Spahn und Ersatzoberrichterin lic. iur. C. Keller Gisin sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. S. Clausen

Beschluss und Urteil vom 23. Dezember 2011

in Sachen

A. _____ AG,

Beklagte und Appellantin

gegen

B. _____,

Klägerin und Appellatin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom
28. September 2010 (AN080617)**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von Fr. 47'597.50 netto zuzüglich Zins zu 5% seit dem 25. Juni 2008 zu bezahlen,
vorbehältlich einer nachträglichen Reduktion der Klage im Fall des Antritts einer Stelle vor Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist,
2. es sei die Beklagte weiter zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von Fr. 13'000.00 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 25. Juni 2008 zu bezahlen;
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (plus Mehrwertsteuerzusatz) zulasten der Beklagten."

Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 28. September 2010:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 46'059.40 netto zuzüglich 5% Zins seit 26. Juni 2008 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Klage der Klägerin abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 6'350.00 ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 1'680.00 Zeugenentschädigungen

Fr. 8'030.00 Total

3. Die Kosten werden zu $\frac{1}{4}$ der Klägerin und zu $\frac{3}{4}$ der Beklagten auferlegt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 8'000.-- (zuzüglich 7,6% MWSt) zu bezahlen.
5. (Schriftliche Mitteilung)
6. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

der Beklagten und Appellantin (Urk. 87):

"In Gutheissung der Berufung sei das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 28. September 2010 (AN080617) aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin und Appellantin."

der Klägerin und Appellatin (Urk. 93):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen;
2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuerzusatz zulasten der Beklagten und Appellantin."

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Die vorliegende Klage wurde am 15. August 2008 bei der Vorinstanz rechts-hängig gemacht. Nach Durchführung von Haupt- und Beweisverfahren erging am 28. September 2010 das angefochtene Urteil (Urk. 79 = Urk. 82).

1.2. Der damalige Rechtsvertreter der Beklagten und Appellantin (fortan Beklagte) meldete dagegen fristgerecht Berufung an (Urk. 83) und stellte sodann mit Eingabe vom 6. Dezember 2010 innert erstreckter Frist die oben wiedergegebenen Begehren (Urk. 87). Die Berufungsantwort der Klägerin und Appellatin (fortan Klägerin) datiert vom 4. Februar 2011 (Urk. 93). In der Folge wurde das schriftliche Verfahren fortgesetzt (Urk. 94). Die Berufungsreplik der mittlerweile unvertretenen und umfirmierten (vgl. Urk. 96) Beklagten ging am 8. April 2011 (Urk. 99), die Berufungsduplik am 25. Mai 2011 ein (Urk. 104). Unter dem 6. September 2011 erfolgte schliesslich ein Referentenwechsel (Prot. II S. 6).

1.3. Die Parteien haben auf Teilnahme an der Urteilsberatung und -eröffnung verzichtet (Urk. 106 und Urk. 107).

2. Vorbemerkungen

2.1. Per 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Für Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Der erstinstanzliche Entscheid vom 28. September 2010 wurde am 1. Oktober 2010 eröffnet (Urk. 80/1 und 2). Folglich gelangt das bisherige kantonale Prozessrecht zur Anwendung. Entsprechend ebenfalls anwendbar bleiben die bisherigen, bis Ende 2010 geltenden Verordnungen des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (vgl. § 23 der GerGebV und § 25 der AnwGebV).

Die Vorinstanz hat den Streitwert auf Fr. 60'597.50 netto beziffert (Urk. 84 S. 2), was von keiner Partei gerügt wurde. Damit folgt der Prozess den Regeln des ordentlichen Verfahrens (Art. 343 Abs. 2 aOR, § 53 Abs. 2 ZPO/ZH). Dies gilt – unabhängig vom Streitwert vor der Berufungsinstanz – auch im Berufungsverfahren (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, N 6 zu Art. 343 OR, mit Verweis auf die Rechtsprechung).

2.2. Soweit die Klage abgewiesen wurde, ist das vorinstanzliche Urteil mit Eingang der Berufungsantwort am 7. Februar 2011 rechtskräftig geworden. Davon ist Vormerk zu nehmen. Gleichzeitig ist darauf hinzuweisen, dass die Berufungsinstanz Verfahren und Entscheid der ersten Instanz im Rahmen der Berufungsanträge frei überprüft (§ 269 ZPO/ZH; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 1 ff. zu § 269 ZPO/ZH). Die Kammer ist in ihrem Entscheid weder an die (rechnerische) Begründung der Berufungsanträge noch an diejenige der Vorinstanz gebunden.

2.3. Vor der Berufungsinstanz ist neues Vorbringen nur unter den Voraussetzungen von §§ 115 und 138 ZPO/ZH zulässig (§ 267 Abs. 1 ZPO/ZH). Gemäss § 115 Ziffer 2 ZPO/ZH sind Bestreitungen und Einreden zuzulassen, wenn sie durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden können. Für die nachträgliche Beweisantretung gilt § 115 ZPO entsprechend (§ 138 ZPO). Zulässig ist die nachträgliche Vorlegung einer Urkunde, mit der eine Behauptung sofort eindeutig er-

stellt oder widerlegt werden kann (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 138 ZPO/ZH).

2.4. Auf die Ausführungen der Parteien ist im Folgenden nur insoweit einzugehen, als dies für die Rechtsfindung erforderlich ist.

3. Zur Sache

3.1. Die Beklagte betreibt den Nachtclub C._____, für welchen die Klägerin ab 1. Dezember 2007 als Managerin arbeitete. Aktionäre und Gründer der Beklagten waren im damaligen Zeitpunkt D._____ und E._____, wobei Letzterer der Freund der Klägerin ist und sowohl deren Arbeitsvertrag vom 1. Dezember 2007 als auch den Änderungsvertrag vom 14. Januar 2008 unterzeichnete. Zusammen mit seiner Mutter ist E._____ auch Eigentümer der Z._____ AG, welcher der Gebäudekomplex gehört, in welcher sich die Beklagte eingemietet hat.

Zwischen den Gründern der Beklagten traten schon bald Streitigkeiten auf, die zur Trennung der beiden und zum Ausscheiden von E._____ führten. In diesem Zusammenhang wurde der Beklagten bzw. ihren Mitarbeitern mit Bezug auf ihr Büro in der Z._____ -Liegenschaft am 22. April 2008 ein Hausverbot erteilt. Vom 5. Mai 2008 bis und mit 20. Juni 2008 war die Klägerin krank geschrieben, worauf die Beklagte sie am 25. Juni 2008, einige Stunden nachdem die Klägerin ihre Arbeit erstmals wieder aufgenommen hatte, fristlos entliess.

Zur Begründung der fristlosen Kündigung warf die Beklagte der Klägerin im Wesentlichen vor (Urk. 82 S. 6):

- Pflichtwidrigkeiten gemäss diversen Abmahnungen (act. 3/5-9);
- Möbellieferung an das Hotel Z._____ auf Kosten der Beklagten;
- Involvierung in die Aktion vom 22. April 2008, als Bodyguards die Mitarbeiter der Beklagten aus dem Büro, welches sich im Z._____ befand, geworfen haben, das Schloss gewechselt wurde und die Angestellten des C._____ mit einem Hausverbot bedacht wurden;
- Überarbeitung des ursprünglichen Arbeitsvertrages;
- Rückbehalt von Unterlagen (Kassabuch und Sponsoringverträge, DVD);
- Krankfeiern;

- Nebenjob im Hotel Z._____;
- Verhalten am 25. Juni 2008.

3.2. Die Vorinstanz kam im Rahmen ihrer Sachverhaltermittlung und -würdigung zum Schluss, die erfolgte fristlose Kündigung der Klägerin sei ungerechtfertigt erfolgt und verpflichtete entsprechend die Beklagte, der Klägerin den Nettolohn für die Monate Mai – September 2010, anteilmässig den 13. Monatslohn sowie eine Abgangsentschädigung entsprechend drei Monatslöhnen, je zuzüglich Verzugszins ab 26. Juni 2008, zu bezahlen (vgl. zum Quantitativen Urk. 82 S. 34 ff.). Hinsichtlich der geforderten Strafzahlung und der Zahlung einer Entschädigung für nicht bezogene Ferien wies sie die Klage indessen ab und auch die Verrechnungsforderungen der Beklagten sah sie als nicht ausgewiesen an (Urk. 82 S. 40 ff.).

3.3. Im Berufungsverfahren hat die Beklagte die Vorwürfe der unbefugten Möbelbestellung, der Vertragsmanipulation und der fehlenden Geschäftsunterlagen implizit fallen gelassen (Urk. 87 S. 8 und 9). Sie hält jedoch daran fest, dass die (übrigen) Geschehnisse in ihrer Gesamtheit zu würdigen und geeignet gewesen seien, auf Seiten der Beklagten einen totalen Vertrauensverlust zu bewirken, weshalb es ihr nicht zumutbar gewesen sei, die Klägerin während der ordentlichen Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen. Angesichts der Tatsache, dass das Vertrauensverhältnis nach und nach in die Brüche gegangen sei, trete die Zeitspanne, in welcher die fristlose Kündigung auszusprechen sei, in den Hintergrund. In einem solchen Fall müsse von der Arbeitgeberin keine Frist eingehalten werden, sondern es zähle die gesamte Summe und die Qualität der Verhaltensweisen des Arbeitnehmers, welche in ihrer Gesamtheit eine fristlose Kündigung rechtfertigen würden (Urk. 87 passim, insb. S. 13). Auf die einzelnen Vorwürfe wird im Nachfolgenden näher einzugehen sein. Immerhin ist bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die von der Beklagten in ihrer Berufungsreplik erstmals erhobenen Vorbringen und die dazu neu eingereichten Urkunden (Urk. 101/1-10) die Voraussetzungen des Novenrechts gemäss § 115 ZPO/ZH nicht zu erfüllen vermögen, weshalb sie nicht weiter zu beachten sind.

3.4. Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung korrekt dargelegt (Urk. 82 S. 5 f.; § 166 GVG/ZH). Ergänzend ist anzumerken, dass die die fristlose Entlassung rechtfertigenden Verfehlungen einerseits objektiv geeignet sein müssen, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist. Andererseits wird vorausgesetzt, dass sie tatsächlich zu einer entsprechenden Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben (subjektive Unzumutbarkeit; BGE 129 III 380). In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die unmittelbare Reaktion auf ein Ereignis eine gewisse Bindungswirkung nach sich zu ziehen vermag. Wird eine Disziplinwidrigkeit trotz offensichtlicher Kenntnis des Vorfalls gar nicht oder bloss mit einer schriftlichen Verwarnung geahndet oder der Arbeitnehmer einzig aufgefordert, selbst zu kündigen, ist eine spätere Umwandlung in eine fristlose Entlassung nicht mehr möglich, selbst wenn sie von der Schwere des Vorfalles her an sich gerechtfertigt gewesen wäre (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 15 zu Art. 337). Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein. Auch wenn nach der Verwarnung in der Regel ein weniger schwerwiegender Verstoss genügt, rechtfertigt doch nicht jede Kleinigkeit eine fristlose Entlassung (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 13 zu Art. 337). Bei der Prüfung der Frage, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses weiterhin zumutbar ist, sind unter anderem Existenz und Schwere des Verschuldens, Länge der Kündigungsfrist, bisherige Dauer und Verlauf des Arbeitsverhältnisses, Intensität des Vertrauensverhältnisses sowie Stellung und Verantwortung des Arbeitnehmers zu würdigen (Wolfgang Portmann/Jean-Fritz Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Zürich 2007, Rz. 755; Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 8 zu Art. 337). In diesem Zusammenhang weist Jürg Brühwiler ausdrücklich darauf hin, dass der Richter bei seiner Entscheid, ob ein wichtiger Grund gegeben ist oder nicht, auch die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb mitberücksichtigen und gegenüber Arbeitnehmern in ausgeprägten Vertrauenspositionen, besonders Kaderleuten, einen wichtigen Grund eher annehmen muss als bei anderen Arbeitnehmern (Jürg Brühwiler, Kommentar zum Ein-

zularbeitsvertrag, OR Art. 319-343, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien, 1996, Ziff. 8 zu Art. 337, S. 367).

3.4.1. Dass die Klägerin wegen ihrer Lohnforderungen vom 27. Mai 2008 entlassen worden wäre (vgl. Beweissatz 1.3 in act. 21), konnte im Beweisverfahren nicht erhärtet werden. Den hierzu als Beweismittel genannten Urkunden Urk. 31/5-12 lässt sich dies jedenfalls nicht entnehmen, womit es sich erübrigt, näher auf die zum Gegenbeweis offerierten (und eingeholten) Zeugenaussagen einzugehen. Hingegen ist auf die von der Beklagten als Kündigungsgründe angeführten Vorwürfe nachfolgend im Einzelnen einzugehen.

3.4.2. Was die Nebenbeschäftigung der Klägerin im Hotel Z._____ angeht, anerkennt die Beklagte im Berufungsverfahren, dass sie sich das diesbezügliche Wissen von E._____ anzurechnen hat. Ihre in der Berufungsbegründung erstmals erhobene Behauptung, die Klägerin habe ihre Tätigkeit für das Hotel Z._____ "wohl auch während der regulären Arbeitszeit der Klägerin bei der Beklagten" ausgeführt (Urk. 87 S. 5), bleibt gänzlich unsubstantiiert und unbelegt. Damit vermag die Anschuldigung den Anforderungen von § 114 f. ZPO/ZH nicht zu genügen und bleibt unbeachtlich.

3.4.3. Die Vorinstanz sah den Beweis der Beklagten, dass die Klägerin die Räumung der Büros der Beklagten im Hotel Z._____ durch Bodyguards von E._____ (Vorfall vom 22. April 2008) gebilligt hat bzw. dass sie im Voraus darum wusste, ohne die Beklagte zu orientieren, als nicht erbracht an (Urk. 82 S. 7 f.). Die Beklagte wendet sich gegen diesen Schluss und insbesondere dagegen, dass auf die Aussagen der Zeugin F._____ nur eingeschränkt abgestellt wurde (Urk. 87 S. 5 ff.).

Die Vorinstanz führte nachvollziehbar aus, wieso die Aussagen der Zeugin F._____ – ebenso wie diejenigen des Zeugen G._____ – nicht als zuverlässig erachtet werden können (Urk. 82 S. 8 f.). Aber selbst wenn man ihren Aussagen das gleiche Gewicht schenken möchte wie denjenigen der Zeugin H._____, ist dadurch der Beweis, dass die Klägerin um die Räumung der Büros der Beklagten im Hotel Z._____ vorab Bescheid wusste und dies somit – da sie die Beklagte

nicht warnte – auch billigte, nicht erbracht. Denn während die Zeugin H._____ – im Zeitpunkt ihrer Befragung nicht mehr bei der Beklagten angestellt – erklärte, die Klägerin habe, als sie ca. zwei Stunden nach erfolgter Räumung ins C._____ gekommen sei, überrascht gewirkt (Prot. I S. 120), führte die Zeugin F._____ (welche anlässlich der Beweisverhandlung nach wie vor in Anstellung bei der Beklagten stand und sich als Privatsekretärin von D._____ bezeichnete, Prot. I S. 194) aus, die Klägerin sei später ins C._____ gekommen und habe gesagt, sie wisse nicht, worum es gehe und könne auch nichts machen. Auf entsprechende Frage erklärte sie zudem, die Klägerin habe nicht überrascht gewirkt, sie – die Zeugin – sei davon überzeugt, dass die Klägerin gewusst habe, was lief. Eigentlich habe sie ja arbeiten müssen und es sei irgendwann am Nachmittag gewesen (Prot. I S. 187). Die hierzu ebenfalls befragte Zeugin I._____ wurde zu diesem Beweisthema nicht offeriert, weshalb ihre – den Beweis der Beklagten allerdings ebenfalls nicht erbringenden – Aussagen (Prot. I S. 178 ff.) nicht zu berücksichtigen sind. Damit ist einzig erstellt, dass die Klägerin anlässlich des eigentlichen "Rausschmisses" nicht im C._____ zugegen war, nicht aber, dass sie um diesen Vorfall, allenfalls schon im Vorfeld, gewusst und diesen gebilligt hätte. Einzig aus der Tatsache, dass die Klägerin an jenem Tag im April 2008 offenbar erst später als die übrigen Arbeitnehmerinnen der Beklagten ins C._____ kam, lässt sich jedenfalls der diesbezügliche Beweis nicht ableiten, zumal den Akten nicht zu entnehmen ist, dass der Klägerin vor der Abmahnung vom 1. Mai 2008 konkrete Arbeitszeiten angewiesen worden wären (vgl. den Arbeitsvertrag, act. 3/2). Damit bleibt es bei der Feststellung der Vorinstanz, dass der von der Beklagten behauptete Sachverhalt nicht als erwiesen angesehen werden kann.

3.5. Die Klägerin hat zum ihr auferlegten Beweis, vom 2. Mai bis 21. Juni 2008 aus gesundheitlichen Gründen arbeitsunfähig gewesen zu sein, Arztzeugnisse und die Einvernahme der sie behandelnden Ärztin offeriert (Urk. 29 S. 2). Die Arztzeugnisse belegen eine vollständige Arbeitsunfähigkeit vom 5. Mai 2008 bis zum 20. Juni 2008 (act. 31/1-3). Im Rahmen ihrer persönlichen Befragung anerkannte die Klägerin in diesem Zusammenhang, während der fraglichen Frist einmal das C._____ (16. Mai 2008) – allerdings um einen unzufriedenen Kunden zu besänftigen und nicht aus Vergnügen – und einmal den Club W._____ (24. Mai

2008, vgl. die Aussage des Zeugen J._____, Prot. I S. 147) besucht zu haben (Prot. I S. 30 und S. 63 ff.). Auf diese beiden Vorfälle angesprochen, erklärte die Zeugin K._____ (die behandelnde Ärztin), davon nichts gewusst gehabt zu haben. In Kenntnis dieser Besuche hätte sie mit der Klägerin das Gespräch gesucht um eine allfällige Teilarbeitsfähigkeit abzuklären bzw. sie zumindest für teilarbeitsfähig erklärt (Prot. I S. 108 ff.). Mit der Vorinstanz kann aufgrund des Beweisergebnisses nicht geschlossen werden, die Klägerin habe im eigentlichen Sinne "krank gefeiert". Denn einerseits gibt es keinen Anlass, daran zu zweifeln, dass die Klägerin anfangs Mai 2008 tatsächlich gravierende psychische Probleme hatte. Die diesbezüglichen Aussagen der Zeugin K._____ sind nachvollziehbar und überzeugend, zumal die von der Klägerin ihrer Ärztin geschilderten Probleme im beruflichen Umfeld durch die aktenkundigen Abmahnungen vom 1. bis 5. Mai 2008 (act. 3/5-9) gestützt werden (vgl. die Ausführungen der Vorinstanz, Urk. 82 S. 12 f.). Kommt hinzu, dass die fraglichen beiden Barbesuche erst in einem späteren Zeitpunkt stattfanden und das Beweisverfahren die Behauptung der Beklagten, die Klägerin sei in der fraglichen Zeitspanne mehrfach im Ausland gewesen, nicht erhärten konnte. Andererseits bleibt offen, wie die ärztliche Einschätzung in Kenntnis der beiden Vorfälle von Mitte bzw. Ende Mai 2008 gelautet hätte. Immerhin scheint der Besuch im C._____ vom 16. Mai 2008 als Reaktion auf verschiedene Anrufe von Angestellten und des unzufriedenen Kunden vor dem Hintergrund der ärztlichen Diagnose nachvollziehbar (vgl. die Aussage der Zeugin K._____, Prot. I S. 109). Nicht unerheblich ist dabei auch, dass die Beklagte offenbar bereits während der fraglichen Absenz den Verdacht hegte, die Klägerin sei gar nicht arbeitsunfähig (act. 31/11), jedoch keine entsprechenden Massnahmen anordnete (bspw. den Besuch des Vertrauensarztes, vgl. Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 12 zu Art. 324 a/b.). Den damit einhergehenden Beweisnotstand hat sie sich somit selbst zuzuschreiben.

In diesem Zusammenhang ist ein Blick auf die im Zeitraum vom 1. bis 5. Mai 2008 erfolgten Abmahnungen der Beklagten zu werfen. Mit der Vorinstanz ist darauf hinzuweisen, dass die zeitlich unmittelbar aufeinander folgende Kaskade von Abmahnungen, teilweise ohne dass eine Reaktion der Beklagten abgewartet wurde bzw. überhaupt möglich war, insgesamt – aber immerhin – als eine Verwar-

nung zu qualifizieren ist (Urk. 82 S. 22; § 166 GVG/ZH). Dabei hat das Beweisverfahren vor Vorinstanz ergeben, dass zumindest die Rüge betreffend Verspätung Termin "L._____" begründet war. Weiter hat sich ergeben, dass die Klägerin erst für die Zeit ab 5. Mai 2008 eine ärztlich bestätigte Arbeitsunfähigkeit nachweisen konnte, mithin, ohne dass ihr formell entsprechende Freitage bewilligt worden wären, am Wochenende vom 3./4. Mai 2008 nicht zur Arbeit erschienen ist, weshalb auch der diesbezügliche Vorwurf eine berechnete Grundlage hat. Zudem ist soweit ersichtlich unbestritten, dass die Klägerin ihren Arbeitsplatz am 30. April 2008 bereits um 18.00 Uhr verliess. Diese Verfehlungen wurden indessen – wie gesehen – durch die förmliche Verwarnung geahndet und können somit nicht gleichzeitig als (alleiniger) Grund für die fristlose Entlassung herbeigezogen werden. Immerhin setzt die berechnete Verwarnung die Messlatte hinsichtlich künftiger Verfehlungen, was deren Qualifikation als wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR angeht, – wie gesehen (vgl. Ziff. 3.4 hiervor) – herunter.

3.5.1. Spätestens am 24. Juni 2008 wusste D._____ und damit die Beklagte, dass die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin am 21. Juni 2008 geendet hatte (Urk. 16/10). Dass sie – was unbestritten geblieben ist (Urk. 17 S. 16 und Prot. I S. 23 f.) – ihre Arbeit in der Folge erst am 25. Juni 2008 und überdies weisungswidrig verspätet wieder aufnahm, veranlasste die Beklagte aber nicht, ihr deswegen das Arbeitsverhältnis fristlos aufzukündigen. Vielmehr wurde zum milderen Mittel der (erneuten) Abmahnung gegriffen (Urk. 3/9). Darauf hat sich die Beklagte behaften zu lassen, weshalb sich die Frage, ob die Aussprache der Kündigung am späteren Nachmittag des 25. Juni 2008 noch rechtzeitig nach Kenntnis dieser Verfehlungen (Nichterscheinen während mehreren Tagen trotz Arbeitsfähigkeit; zu spät Erscheinen trotz genauer Anweisungen) erfolgte, vorliegend – entgegen den Ausführungen der Beklagten im Berufungsverfahren (Urk. 87 S. 11) – gar nicht stellt.

3.5.2. Bleibt das beweismässig hinreichend erstellte Verhalten der Klägerin am späteren Nachmittag des 25. Juni 2008 (vgl. Urk. 82 S. 31, auf welche Ausführungen verwiesen werden; § 166 GVG/ZH), welches dazu führte, dass dem vor-maligen Rechtsvertreter der Beklagten gemäss eigenen Aussagen "der Kragen platzte" (Prot. I S. 81), worauf er (doch noch) die fristlose Kündigung aussprach.

Dies, nachdem die Klägerin im vorangegangenen Gespräch nicht in eine vergleichsweise Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingewilligt hatte.

Wohl unbestritten ist, dass die – mit der Vorinstanz (Urk. 82 S. 34) – als patzig zu bezeichnende Antwort der Beklagten und das Sich-nicht-Entfernen trotz entsprechender Aufforderung durch Rechtsanwalt X._____ isoliert betrachtet keinen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR zu erfüllen vermag. Berücksichtigt man nun aber die Vorgeschichte und insbesondere die Tatsache, dass die Klägerin durch die Beklagte bereits Anfang Mai 2008 sowie gleichentags, nur Stunden vorher, ausdrücklich disziplinarisch abgemahnt worden war, präsentiert sich die Sachlage anders. Offensichtlich widersetzte sich die Klägerin – immerhin in der Funktion als "Managerin" der Beklagten – einer klaren Anweisung ihres Vorgesetzten, und dies in Anwesenheit weiterer Angestellter. Durch diese Respektlosigkeit machte sie (ein weiteres Mal) deutlich, dass sie nicht geneigt oder in der Lage war, sich im Betrieb D._____ unterzuordnen. Ihr Verhalten ist sodann als gleichartige, wenn auch deutlich mildere Verfehlung anzusehen, wie sie bereits Thema der gleichentags (!) sowie der anfangs Mai 2008 erfolgten Verwarnungen gewesen war. Damit können die Ereignisse vom Nachmittag des 25. Juni 2008 nicht mehr als irrelevante Kleinigkeit abgetan werden. Zusammen mit dem Verhalten seit dem 21. Juni 2008 (Ankündigung der Wiederaufnahme der Arbeit erst auf den 24. Juni 2008 trotz Arbeitsfähigkeit ab dem 21. Juni 2008; tatsächliche Arbeitsaufnahme sogar erst am 25. Juni 2008 und verspätet; in diesem Zusammenhang stehende provozierende Mails in patzigem Ton [vgl. die Ausführungen der Vorinstanz Urk. 82 S. 32; § 166 GVG/ZH]) und vor dem Hintergrund der disziplinarischen Abmahnung von anfangs Mai 2008 genügte dies deshalb, das Vertrauen der Beklagten objektiv endgültig zu zerstören. Insbesondere kann der Beklagten nicht angelastet werden, dass sie am Mittag noch bereit gewesen war, ein Auge zuzudrücken und der Klägerin nochmals eine Chance zu geben bzw. dass sie bemüht war, das Arbeitsverhältnis im Rahmen einer einvernehmlichen Vereinbarung aufzuheben. Vielmehr sind die erneuten Verfehlungen der Klägerin als sprichwörtlich "letzter Tropfen" anzusehen, der das Fass – berechtigterweise – zum Überlaufen brachte. Angesichts der verhältnismässig kurzen Dauer des Arbeitsverhältnisses (knapp sieben Monate), der dreimonatigen Kündigungsfrist, der

vereinbarten (relativ hohen) Abgangsentschädigung bei ordentlicher Kündigung (drei Monatslöhne) und der Tatsache, dass der ordnungsgemässe Betrieb des Unternehmens fraglos in massgebender Weise durch den Einsatz bzw. die Arbeitseinstellung der Clubmanagerin sowie ihrer (fehlenden) Zusammenarbeit mit dem Verwaltungsratspräsidenten beeinflusst wird, war der Beklagten die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zumutbar. Entsprechend ist die fristlose Kündigung zu schützen. Dies hat zur Folge, dass der Klägerin weder der Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist, noch die vertragsgemässe Abgangsentschädigung (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 9 zu Art. 339c OR mit weiteren Hinweisen), noch eine Pönalentschädigung zuzusprechen sind.

Hingegen schuldet die Beklagte den Lohn bis zum 25. Juni 2008, was diese denn auch ausdrücklich anerkennt (Prot. I S. 12). Für den Mai 2008 macht dies netto Fr. 5'067.35 (vgl. die unangefochten gebliebene Berechnung der Vorinstanz, Urk. 82 S. 37 f; § 166 GVG/ZH). Für die Zeit bis und mit 25. Juni 2008 sind sodann geschuldet:

3 Tage Karenzfrist (88 % gemäss L-GAV) à Fr. 188.05 brutto	Fr. 564.15
4 Tage normaler Lohn à 213.70 brutto	Fr. 854.80
<hr/>	
Zwischentotal, brutto	Fr. 1'418.95
abzüglich 9.19% Sozialbeiträge	Fr. 130.40
<u>abzüglich anteilmässig BVG für 7 Tage</u>	<u>Fr. 74.60</u>
Zwischentotal netto	Fr. 1'213.95
<u>zuzüglich 18 Tage [Krankentaggeld] à Fr. 170.95 netto</u>	<u>Fr. 3'077.10</u>
Total	Fr. 4'291.05

Der Lohnanspruch beläuft sich insgesamt auf Fr. 9'358.40. Hinzu kommt der anteilmässige Anspruch auf den 13. Monatslohn, da sich die Klägerin seit dem 1. Juni 2008 im siebten Anstellungsmonat befand (vgl. Art. 12 L-GAV). Ausgehend von ihrem Nettolohn von Fr. 5'583.- (act. 3/3) beträgt der Anspruch für die Zeit vom 1.-25. Juni 2008 Fr. 193.55 (Fr. 5'583.- x 4.16 % : 30 x 25).

3.6. Bei diesem Ergebnis fällt - anders als nach Ansicht der Vorinstanz - ein Ferienbezug während der ordentlichen Kündigungsfrist ausser Betracht. Auf den Ferienlohnanspruch kann indessen nicht zurückgekommen werden, nachdem die Vorinstanz die Klage in diesem Punkt abgewiesen und die Klägerin diesbezüglich

keine (Anschluss-) Berufung erklärt hat, weshalb der vorinstanzliche Entscheid insoweit rechtskräftig wurde.

3.7. Was die vor Vorinstanz noch geltend gemachten Verrechnungsforderungen der Beklagten angeht, so hat jene diese – zu Recht – im Berufungsverfahren mit keinem Wort mehr erwähnt, weshalb darauf nicht weiter einzugehen, sondern – um Wiederholungen zu vermeiden – auf die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen ist (Urk. 82 S. 42 ff.; § 166 GVG/ZH). Auch der Beginn des Zinsenlaufs am 26. Juni 2008 blieb unangefochten und ist aufgrund des insofern unstrittigen Sachverhalts ausgewiesen.

3.8. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte – in teilweiser Gutheissung der Klage – zu verpflichten ist, der Klägerin Fr. 9'551.95 netto zuzüglich 5 % Zins seit 26. Juni 2008 zu bezahlen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss sind der Klägerin die Kosten der Vorinstanz zu fünf Sechsteln und diejenigen des Berufungsverfahrens zu vier Fünfteln aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH).

Zudem ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine auf zwei Drittel reduzierte Entschädigung zu bezahlen, welche – ausgehend von den Erwägungen der Vorinstanz zu Streitwert und Aufwand (vgl. Urk. 82 S. 44; § 166 GVG/ZH) – auf Fr. 10'660.– festzulegen ist. Im Berufungsverfahren war die Beklagte nur teilweise anwaltschaftlich vertreten. Entsprechend rechtfertigt es sich, die auf drei Fünftel reduzierte Entschädigung angesichts des tieferen Streitwerts und da keine Zuschläge geschuldet sind, auf Fr. 1'500.– festzusetzen (§ 12 i.V.m. §§ 2 f. aAnwGebV und § 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Insgesamt ist die Klägerin somit zu verpflichten, der Beklagten für die Verfahren vor beiden Instanzen eine Prozessentschädigungen von Fr. 12'160.– zu bezahlen. Mangels eines entsprechenden Antrags ist die Entschädigung ohne Mehrwertsteuerzusatz zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass Dispositiv Ziffer 1 des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 28. September 2010 am 7. Februar 2011 in Rechtskraft erwachsen ist, soweit die Klage im Fr. 46'059.40 netto zuzüglich 5 % Zins ab 26. Juni 2008 übersteigenden Umfang abgewiesen wurde.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Vorinstanz mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 9'551.95 netto zuzüglich 5 % Zins seit 26. Juni 2008 zu bezahlen.
Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositiv Ziffer 2) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 5'250.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren werden der Klägerin zu fünf Sechsteln und der Beklagten zu einem Sechstel auferlegt.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin zu vier Fünfteln und der Beklagten zu einem Fünftel auferlegt.

5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für beide Verfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 12'160.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 46'059.40.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 23. Dezember 2011

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. S. Clausen

versandt am:
mc