

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LA110011-O/U

Mitwirkend: Obergerichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Ersatzoberrichter  
Dr. S. Mazan und Ersatzoberrichterin Dr. C. Bühler sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. J. Freiburghaus

## Urteil vom 22. Mai 2013

in Sachen

**Aktiengesellschaft A.\_\_\_\_\_**,  
Beklagte und Berufungsklägerin

gegen

**B.\_\_\_\_\_**,  
Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung aus Arbeitsverhältnis**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom  
15. Dezember 2010 (CG070038)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 1 S. 2)

1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 85'042.50 nebst 5 % Zins seit 7. Dezember 2006 zu bezahlen.
  2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, eine gerichtlich festzustellende Entschädigung an den Kläger auszurichten.
  3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger ein Arbeitszeugnis auszustellen.
  4. Eventuell sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine Gewinnbeteiligung auszurichten;
- unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

**Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil:**

(Urk. 106)

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger aus Arbeitsverhältnis Fr. 78'163.25 netto nebst Zins zu 5 % seit 7. Dezember 2006 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird das Begehren abgewiesen.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, die auf das Bruttogehalt von elf Monaten à Fr. 8'000.– zuzüglich Fr. 4'000.– Anteil 13. Monatslohn entfallenden Sozialabzüge mit den entsprechenden Sozialversicherungseinrichtungen abzurechnen.
3. Die Beklagte wird weiter verpflichtet, dem Kläger eine Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR im Betrag von Fr. 24'000.– zu bezahlen.
4. Der Antrag des Klägers auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses wird als gegenstandslos erledigt abgeschrieben.
5. Der Eventualantrag des Klägers auf Ausrichtung einer Gewinnbeteiligung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

6. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:  
Fr. 11'000.– ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 470.– Zeugenentschädigungen  
Fr. 20.– amtliche Zustellung
7. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt.
8. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Rechtsvertreter des Klägers eine Prozessentschädigung von Fr. 20'000.– zu bezahlen.
- 9./10. (Mitteilungen, Rechtsmittel)

### **Berufungsanträge:**

des Beklagten (Urk. 114 S. 1, sinngemäss):

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 15. Dezember 2010 sei aufzuheben.
2. Das Verfahren sei an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.

des Klägers (Urk. 143 S. 1):

Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen;  
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsklägerin.

### **Erwägungen:**

#### **I.**

Der Kläger war seit 1. April 2006 bei der Beklagten als Geschäftsführer des Hotels/Restaurants A.\_\_\_\_\_ in ... [E.\_\_\_\_\_] angestellt. Am 22. November 2006 wurde er fristlos entlassen. Da er die fristlose Entlassung als ungerechtfertigt erachtete, ihm der Lohn vom November 2006 nicht ausbezahlt und überdies kein Arbeitszeugnis ausgestellt wurde, verlangte er vor Vorinstanz den Lohn für November

2006 sowie den weiteren Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist am 30. September 2007 und den anteilmässigen 13. Monatslohn; überdies forderte der Kläger eine Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR in der Höhe von vier Monatslöhnen, welche Forderung er in der Stellungnahme zum Beweisergebnis auf sechs Monatslöhne erhöhte. Schliesslich beantragte er die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses, eventualiter die Ausrichtung einer Gewinnbeteiligung. Die Vorinstanz ist der Auffassung, dass die Beklagte keinen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung des Klägers hatte, und sprach diesem den Lohn für die Monate November 2006 bis und mit September 2007 plus 13. Monatslohn auf sechs Monatslöhnen, abzüglich Kosten für die Personalwohnung und Verpflegung, zuzüglich Verzugszins, sowie eine Entschädigung in der Höhe von drei Monatslöhnen zu. Der Antrag des Klägers auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses wurde als gegenstandslos geworden abgeschrieben, sein Eventualantrag auf Ausrichtung einer Gewinnbeteiligung abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde, da mangels Erreichens des erforderlichen Jahresumsatzes kein Anspruch auf eine Erfolgsbeteiligung bestanden habe. Im Berufungsverfahren hält die Beklagte daran fest, dass die fristlose Entlassung gerechtfertigt gewesen sei.

## II.

1. Die Klage wurde am 5. Oktober 2007 vor Vorinstanz rechtshängig gemacht (Urk. 1). Diese erliess nach Durchführung des Hauptverfahrens inklusive eines Beweisverfahrens am 15. Dezember 2010 das eingangs zitierte Urteil (Urk. 106). Die Beklagte hat mit Eingabe vom 11. Februar 2011 rechtzeitig Berufung gegen dieses Urteil eingelegt (Urk. 107). Mit Verfügung vom 14. März 2011 wurde der Beklagten - eine einmal erstreckbare - Frist angesetzt, um die Berufungsanträge zu stellen und sie zu begründen (Urk. 109). Diese Frist wurde in der Folge letztmals erstreckt bis 14. Juni 2011 (Urk. 110). Mit Verfügung vom 15. Juni 2011 wurde der Beklagten eine Notfrist bis 20. Juni 2011 gewährt (Urk. 113). Mit Eingabe vom 20. Juni 2011 reichte die Beklagte die Berufungsschrift ein (Urk. 114). Am 22. Juni 2011 ging hierorts eine ergänzende Eingabe der Beklagten ein, welche vom 20. Juni 2011 datiert war und den Poststempel vom 21. Juni 2011 aufwies (Urk. 116 f.). Mit Beschluss vom 5. Juni 2011 wurde der Beklagten Frist an-

gesetzt, um die rechtzeitige Übergabe der Eingabe an die schweizerische Post zu substantiieren sowie Beweismittel für ihre Sachdarstellung zu bezeichnen (Urk. 118). Dieser Aufforderung kam die Beklagte am 31. August 2011 fristgerecht nach (Urk. 120). Mit Beschluss vom 26. September 2011 wurde der Beklagten Frist angesetzt zur Bezahlung eines Barvorschusses für die Einvernahme des angebotenen Zeugen (Urk. 121). Er wurde innert erstreckter Frist geleistet (Urk. 126). Am 1. Februar 2012 erfolgte die rechtshilfweise Zeugeneinvernahme von C. \_\_\_\_\_ durch das Kreisgericht Rheintal (Urk. 133). Mit Verfügung vom 6. Februar 2012 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zum Beweisergebnis betreffend rechtzeitige Übergabe der nachgereichten Berufungsbegründung an die schweizerische Post Stellung zu nehmen (Urk. 134). Die Stellungnahme des Klägers erging rechtzeitig am 25. Februar 2012 (Datum Poststempel; Urk. 135). Gleichzeitig erklärte er, dass er davon ausgehe, dass die ihm von der Vorinstanz gewährte unentgeltliche Rechtspflege auch im Berufungsverfahren gelte (Urk. 135). Daraufhin wurde der Kläger mit Verfügung vom 8. März 2012 aufgefordert, die aufgeführten Unterlagen zu seinen aktuellen Einkommens- und Vermögensverhältnissen einzureichen (Urk. 136). Innert Frist reichte der Kläger die Unterlagen ein mit dem Ersuchen, einen Teil davon der Beklagten nicht zugänglich zu machen (Urk. 137 f.). Mit Beschluss vom 3. April 2012 wurde dem Kläger für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und ihm sein Vertreter als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Sein Antrag auf Anordnung von Schutzmassnahmen wurde abgewiesen. Gleichzeitig wurde dem Kläger hernach Frist angesetzt zur Erstattung der Berufungsantwort (Urk. 139). Diese erging innert erstreckter Frist am 30. Mai 2012 (Urk. 143). Die schriftliche Berufungsreplik vom 3. September 2012 erfolgte rechtzeitig (Urk. 149). Auf Antrag des Klägers wurde der Beklagten Frist angesetzt, um ihre - von der Schriftgrösse her schwer lesbare sowie teilweise weitschweifige - Berufungsreplikenschrift zu verbessern (Urk. 152 f.). Die verbesserte Berufungsreplik erging am 5. November 2012 (Urk. 154). Die Berufungsduplik wurde am 10. Dezember 2012 rechtzeitig erstattet (Urk. 156). Diese wurde der Beklagten in der Folge zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 157 ff.). Die Parteien haben auf eine Teilnahme an der öffentlichen Beratung und mündliche Eröffnung des Entscheides verzichtet (Prot. II S. 21).

2. Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt indes für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Damit sind für das Verfahren vor Obergericht weiterhin die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH anzuwenden.

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 Ziff. 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/ZH entsprechend (§ 138 ZPO/ZH). Zulässig ist die nachträgliche Vorlegung einer Urkunde, mit der eine Behauptung sofort eindeutig erstellt oder widerlegt werden kann (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 2 zu § 138 ZPO). In Anwendung von § 115 Ziff. 5 ZPO/ZH sind sodann auch diejenigen neuen Behauptungen beachtlich, welche erst durch im vorinstanzlichen Urteil enthaltene, im bisherigen Prozessverlauf von keiner Seite erörterte Überlegungen veranlasst wurden (ZR 100 Nr. 27; ZR 78 Nr. 35; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 6 zu § 55 ZPO).

4. Die Einlegung der Berufung hemmt Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils, nach Stellung der Berufungsanträge jedoch nur in deren Umfang (§ 260 Abs. 1 ZPO/ZH). Das Urteil der Vorinstanz wird daher in den nicht angefochtenen Teilen rechtskräftig. Massgeblicher Zeitpunkt ist dabei der Ablauf der Frist zur Erhebung einer möglichen Anschlussberufung (vgl. zum Zeitpunkt: Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., N 2 und 5 zu § 260 ZPO/ZH). Das erstinstanzliche Urteil wurde hinsichtlich des Begehrens aus dem Arbeitsverhältnis, soweit es im Mehrbetrag abgewiesen wurde (Disp. Ziff. 1 Abs. 2), hinsichtlich des Antrags auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses (Disp. Ziff. 4) sowie hinsichtlich des Eventualantrages auf Ausrichtung einer Gewinnbeteiligung (Disp. Ziff. 5) nicht angefochten. Es ist daher vorab vorzumerken, dass das erstinstanzliche Urteil insoweit rechtskräftig geworden ist.

Somit verbleibt daher im Wesentlichen zu überprüfen, ob die fristlose Kündigung durch die Beklagte gerechtfertigt war, mithin ob der Kläger Anspruch auf den Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigung sowie auf eine Entschädigung hat, und gegebenenfalls in welcher Höhe.

### III.

1. a) Vor Vorinstanz hatte die Beklagte vorab dem Kläger die Aktivlegitimation abgeprochen, da er seine Forderung an die Gemeinde E. \_\_\_\_\_ und an die Stadt ... abgetreten habe. Sodann begründete sie die fristlose Kündigung vor Vorinstanz damit, dass der Kläger bei der Bewerbung zu Unrecht behauptet habe, er sei Angestellter der Firma D. \_\_\_\_\_ Consulting in ... gewesen, obschon er in Tat und Wahrheit arbeitslos gewesen sei. Hätte die Beklagte davon Kenntnis gehabt, dass diese Angaben wahrheitswidrig gewesen seien, hätte sie ihn gar nicht angestellt. Weiter machte die Beklagte geltend, dass sich die Arbeit des Klägers nach Ablauf der Probezeit verschlechtert habe, weshalb sie am 31. Oktober 2006 eine detaillierte schriftliche Verwarnung ausgesprochen habe. Darauf sei jedoch keine Verbesserung erkennbar gewesen. Zudem sei ein grosses Alkoholproblem des Klägers bekannt geworden. Mit einzelnen Angestellten habe er bis in die Morgenstunden zulasten des Hauses exzessive Trinkgelage durchgeführt. Es sei ein krasser Zerfall der Persönlichkeit des Klägers eingetreten. Um weiteren Schaden vom Betrieb abzuwenden, habe sofort gehandelt werden müssen. Die fristlose Entlassung sei unumgänglich gewesen. Anlässlich der Entlassung habe der Kläger eine Besprechung am darauffolgenden Freitag gewünscht. Zu dieser sei er jedoch nicht erschienen. Ausserdem habe er nach der Entlassung Material entwendet. Eine weitere Beschäftigung sei daher wirklich nicht mehr zumutbar gewesen. Der Kläger habe das auf seinen Namen lautende Gastwirtschaftspatent für den A. \_\_\_\_\_ in der Folge der Gemeinde E. \_\_\_\_\_ zurückgegeben. Damit habe er die Kündigung voll akzeptiert (Urk. 15, 33 und 35).

Demgegenüber bestritt der Kläger, seine Ansprüche abgetreten zu haben. Es sei lediglich ein allfälliger Prozesserlös abgetreten worden. Sodann machte der Klä-

ger geltend, zu den Vorwürfen in der Verwarnung mit Schreiben vom 19. November 2006 Stellung genommen zu haben. Die darauf folgende Kündigung habe er nicht akzeptiert und seine Arbeitskraft weiterhin zur Verfügung gestellt. Die von der Beklagten erhobenen Vorwürfe seien unbegründet und würden überdies ohnehin nicht ausreichen, um eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen. Die Entlassung sei viel zu früh nach der Verwarnung erfolgt, er habe gar nicht genügend Zeit gehabt, um auf die Ermahnungen zu reagieren (Urk. 1, 20, 27 und 39).

b) Die Vorinstanz bejahte die Aktivlegitimation des Klägers, da die Gemeinde E. \_\_\_\_\_ und die Stadt ... sich vom Kläger lediglich zusichern lassen hätten, dass er ihnen im Fall der Klageerhebung das Prozessergebnis abtreten werde. Die Behörden hätten zum Ausdruck gebracht, dass sie die Führung des vorliegenden Prozesses dem Kläger überliessen. Die Gemeinde E. \_\_\_\_\_ habe dies ausdrücklich bestätigt; die Stadt ... habe sämtliche Ansprüche wieder an den Kläger zurückzediert (Urk. 106 S. 7 f.). Sodann wertete die Vorinstanz die Rückgabe des Gastwirtschaftspatents an die Gemeinde nicht als Zustimmung zur fristlosen Entlassung, sondern als eine ihrer Konsequenzen, zumal der Arbeitnehmer nach der Entlassung nicht mehr verpflichtet sei, seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Zudem sei der Beklagten nicht gelungen zu beweisen, dass der Kläger sie bei der Bewerbung getäuscht habe, nämlich dass er vor dem Antritt seiner Stelle bei der Beklagten mehrfach und langjährig arbeitslos und nicht kaufmännischer Mitarbeiter und Berater bei der D. \_\_\_\_\_ Consulting gewesen sei. Im Gegenteil sei bewiesen, dass der Kläger jedenfalls im Zeitraum Dezember 2002 bis zur Anstellung durch die Beklagte regelmässig und erfolgreich als kaufmännischer Mitarbeiter und als Berater bei der Treuhandfirma D. \_\_\_\_\_ Consulting gearbeitet habe; der Kläger habe im Rahmen seiner Bewerbung nicht behauptet, es habe sich um eine Vollzeitbeschäftigung gehandelt. Der Beklagten wäre es zuzumuten gewesen, eine Auskunft bei der vom Kläger angebotenen Referenz einzuholen (Urk. 106 S. 8 ff.).

Weiter erwog die Vorinstanz, dass die meisten der von der Beklagten erhobenen Vorwürfe für sich allein eine fristlose Entlassung nicht zu begründen vermöchten, weil sie entweder lediglich die Arbeitsqualität des Klägers oder verhältnismässig

geringfügige Pflichtverletzungen betreffen würden. Die vorangegangene Verwarnung sei unerheblich, da die Beklagte keine klaren Behauptungen darüber, dass und welche der abgemahnten Pflichtverletzungen erneut vorgekommen sein sollen, erhoben habe, und dem Kläger überdies auch kaum Zeit eingeräumt worden sei, um sich zu bessern. Die Stellungnahme des Klägers vom 19. November 2006 habe die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht unzumutbar gemacht. Sodann sei es der Beklagten nicht gelungen die Behauptungen zu beweisen, dass der Kläger ein grosses Alkoholproblem gehabt habe, dass ein krasser Zerfall seiner Persönlichkeit eingetreten sei, dass er nach Betriebsschluss mit einzelnen Angestellten zulasten des Hauses exzessive Trinkgelage durchgeführt habe, sowie dass seine Fehlleistungen zu einem Umsatzeinbruch geführt hätten, und jeder weitere Tag der Fortdauer des Arbeitsverhältnisses zu einem nicht mehr gutzumachenden Schaden geführt hätten. Die weiteren Vorwürfe, welche zum Teil angebliche fachliche Defizite des Klägers oder nicht ausreichenden Einsatz, oder geringfügigere Pflichtverletzungen betroffen hätten, könnten weder für sich allein noch in ihrer Gesamtheit eine fristlose Entlassung begründen, zumal die Beklagte nicht klar gestellt habe, welche Pflichtwidrigkeiten des Klägers nach der Ermahnung vom 1. November 2006 ausschlaggebend gewesen sein sollen, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als unzumutbar betrachtet worden sei. Ausserdem seien viele behaupteten Pflichtwidrigkeiten des Klägers unbewiesen geblieben und könne der Kläger für viele Fehler, die im Betrieb passiert seien, nicht verantwortlich gemacht werden. Zusammenfassend würden keine Umstände vorliegen, welche die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 337 Abs. 2 OR unzumutbar machten (Urk. 106 S. 13 ff.).

c) Im Berufungsverfahren rügte die Beklagte, dass ihr die Vorinstanz die vom Kläger eingereichten Beilagen nicht unaufgefordert zugestellt habe, und dass ihr nicht wie dem Kläger drei Parteivorträge zugestanden seien, obschon sie eine Stellungnahme zur Tripplik zweimal beantragt habe. Das Verfahren vor Vorinstanz sei ab diesem Punkt fortzusetzen. Sodann sei die Vorinstanz zu Unrecht davon ausgegangen, sie habe auf Stellungnahme zum Beweisergebnis verzichtet. Deshalb sei das Verfahren in diesem Stadium, d.h. mit ihrer Stellungnahme zum da-

maligen Stand des Beweisergebnisses, wieder aufzunehmen. Es seien auch die weiteren offerierten Beweise abzunehmen. Für die Nichtexistenz der Unterlassungen des Klägers, nämlich Lieferung von Jahresbudget, Kalkulationen, Nachkalkulationen und Inventare, könne die Beklagte keinen Nachweis liefern. Diese Pflichtverletzungen allein würden die fristlose Entlassung des Klägers rechtfertigen. Der Kläger habe die in der Verwarnung erhaltenen Weisungen nicht beachtet, weshalb eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr zumutbar gewesen sei. Der Kläger habe widersprüchlich gehandelt, indem er nach der Entlassung einerseits seine Bereitschaft zur weiteren Arbeit angeboten habe, und andererseits sein Gastwirtschaftspatent an die Gemeinde E. \_\_\_\_\_ zurückgegeben habe. Am 28. November 2006 sei der Kläger verbotenerweise in die Rezeption eingeschlichen und habe sich dort Dinge angeeignet. Die Offerte des Klägers auf Weiterbeschäftigung habe unter diesen Umständen nicht angenommen werden können, zumal er zur späteren vereinbarten Besprechung nicht erschienen sei. An dieser Besprechung hätte die Möglichkeit bestanden, die fristlose Kündigung in eine ordentliche umzuwandeln oder sie mit einer einvernehmlichen Austrittsvereinbarung zu ersetzen. Die Angaben im Lebenslauf des Klägers seien falsch gewesen, habe er doch nach seiner Entlassung keine Ansprüche auf Leistungen der Arbeitslosenkasse gehabt. Folglich hätten die angegebenen Arbeitsleistungen bei D. \_\_\_\_\_ in den Jahren 1995-1998, 2000-2001 sowie 2002-2006 nicht stattgefunden. Der Kläger habe nur bescheidene Kenntnisse als Berater von Gastronomiefachleuten gehabt und sei aufgrund seiner persönlichen Probleme (Gesundheit, Alkohol, fehlender Einsatzwille, etc.) nicht in der Lage gewesen, die von ihm versprochenen Leistungen zu erbringen. Der Zerfall der Persönlichkeit des Klägers sei auf seine Alkoholprobleme zurückzuführen. Die Zeugen hätten sich jedoch gescheut, in Gegenwart des Klägers Klartext zu sprechen. Deshalb habe die Beklagte einen Amtsbericht und eine Zeugenaussage von der Gemeinde E. \_\_\_\_\_ und der SYNA sowie ein medizinisches Gutachten verlangt. Mit der geringen Leistung für die D. \_\_\_\_\_ habe er nicht das Potential einbringen können, welches er der Beklagten zu leisten vorgegeben habe. Hätte die Beklagte gewusst, dass er nicht oder nur selten als Aushilfe bei der D. \_\_\_\_\_ gearbeitet habe, hätte sie ihn nicht eingestellt. Diese arglistige Täuschung habe zur fristlosen Entlassung berechtigt. Die Vo-

rinstanz habe willkürlich geurteilt, indem sie im Lebenslauf des Klägers keinen Widerspruch festgestellt habe, obschon sie bestätigt habe, dass der Kläger von 2002 bis 2004 Arbeitslosengelder bezogen habe und anschliessend ausgesteuert worden sei, der Kläger in seinem Lebenslauf aber seine Arbeitslosigkeit, deren Dauer und die Aussteuerung nicht erwähne. Die Vorinstanz habe zu Unrecht auf die beantragten Beweise bei der SYNA und der Gemeinde E.\_\_\_\_\_ verzichtet. Die Schlüsse der Vorinstanz, der Kläger habe als Berater gearbeitet, seien tatsächlich widrig, sei der Kläger doch vor seiner Tätigkeit im A.\_\_\_\_\_ überwiegend arbeitslos gewesen und habe er nur wenig als Lohnbuchhalter gearbeitet. Entgegen dem Vorwurf der Vorinstanz habe die Beklagte F.\_\_\_\_\_ sehr wohl kontaktiert; dieser habe seinem Freund, dem Kläger, jedoch eine gute Referenz abgegeben und dessen Arbeitslosigkeit unterschlagen (Urk. 114 und 116 f.). Im Übrigen verwies die Beklagte auf ihre vor Vorinstanz gemachten Ausführungen (Urk. 15, 33, 35, 50 f.) und gab diese teilweise wortwörtlich mit dem jeweiligen Hinweis wieder, der entsprechende Sachverhalt sei von der Vorinstanz nicht hinreichend gewürdigt worden, und dass sämtliche offerierten Beweise abzunehmen seien (Urk. 154). Neu machte die Beklagte Verrechnung mit einer Schadenersatzforderung geltend (Urk. 154 S. 23).

Demgegenüber stellte der Kläger fest, dass die Beklagte im Berufungsverfahren keine neuen Erkenntnisse vorgebracht habe und ihre Einwände gegen das vorinstanzliche Urteil unbegründet seien. Es seien keine Gründe für eine fristlose Entlassung vorgebracht oder nachgewiesen worden (Urk. 143 und 156).

2. a) In der Berufungsreplik brachte die Beklagte vor, sie mache den vom Kläger verursachten Schaden verrechnungsweise geltend. Da dieser, wie sie inzwischen habe erfahren müssen, mehrere Hunderttausend Franken betrage, sei auch deswegen an den Kläger nichts zu bezahlen (Urk. 154 S. 23). Diese erst in der Berufungsreplik neu erhobene Verrechnungseinrede ist als verspätet zu betrachten, hat sie doch nicht ausgeführt, wie und wann sie Kenntnis von ihrer Gegenforderung erlangt habe, und nicht etwa geltend gemacht, ihre Gegenforderung könne durch nachträgliche Vorlegung einer Urkunde sofort erstellt werden, oder sie sei erst durch im vorinstanzlichen Urteil enthaltene Überlegungen veranlasst worden

(vgl. § 267 Abs. 1 ZPO/ZH i.V.m. §§ 115 und 138 ZPO/ZH). Zudem ist die angebliche Schadenersatzforderung weder beziffert noch hinreichend substantiiert. Es braucht daher nicht mehr weiter darauf eingegangen zu werden.

b) Sodann ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die Aktivlegitimation des Klägers zu Recht bejaht hat. Im Berufungsverfahren hat sich die Beklagte mit den entsprechenden Ausführungen nicht auseinandergesetzt und die Aktivlegitimation des Klägers nicht substantiiert bestritten. Es kann daher vollumfänglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 106 S. 7 f.).

c) Die Vorinstanz führte zum Vorwurf der rechtsungleichen Behandlung betreffend der Anzahl zugelassener Vorträge im Hauptverfahren zutreffend aus, dass dem Kläger gestützt auf § 128 in Verbindung mit §§ 56, 115 und 121 Abs. 2 ZPO/ZH nur Gelegenheit eingeräumt worden sei, um zu bestimmten neuen Behauptungen der Duplik und zu den damit neu eingereichten Unterlagen Stellung zu nehmen. Die in diesem Sinne beschränkte Triplik des Klägers habe keine wesentlichen neuen Behauptungen enthalten, weshalb die Beklagte gemäss §§ 114 f. und 121 Abs. 2 ZPO/ZH nicht zu einer weiteren Rechtsschrift zuzulassen gewesen sei. Ausserdem sei der Beklagten eine Ausfertigung der Triplik zugestellt worden, womit sie von deren Inhalt habe Kenntnis nehmen können (Urk. 106 S. 6 f.).

Ergänzend ist Folgendes anzufügen: In der Hauptverhandlung hat der Kläger den ersten und dritten Vortrag (Begründung und Replik), der Beklagte den zweiten und vierten Vortrag (Antwort und Duplik) (§ 121 Abs. 1 ZPO/ZH). Weitere Vorträge werden nur aus zureichenden Gründen gestattet. Das Gericht kann sie auf das in der Duplik oder in späteren Vorträgen neu Vorgebrachte beschränken (§ 121 Abs. 2 ZPO/ZH). Für Replik, Duplik und weitere Vorträge kann das Gericht das schriftliche Verfahren anordnen (§ 128 ZPO/ZH). Weitere Vorträge sind insbesondere anzuordnen, wenn in der Duplik neue tatsächliche Behauptungen aufgestellt werden, über welche sich der Kläger noch nicht aussprechen konnte, oder zur Behebung unklarer oder unvollständiger Parteivorbringen gemäss § 55 ZPO/ZH, oder wenn eine Partei Noven nach § 115 ZPO/ZH vorbringt. Das Verfahren darf nicht ohne zwingende Gründe in dem Sinne weitergeführt werden, dass die Par-

teien nach Belieben neue Angriffs- und Verteidigungsmittel vorbringen können. Eine umfassende Triplik und Quadruplik kann bei Klageänderung oder sonst in komplizierten Prozessen nötig werden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 121). Vorliegend hat die Beklagte nicht vorgebracht, inwiefern die Vorinstanz mit Verfügung vom 28. Oktober 2008 (Urk. 36) dem Kläger zu Unrecht die Gelegenheit eingeräumt haben soll, ein auf einzelne Behauptungen in der Duplik eingeschränkte Triplik einzureichen und zu den neu eingereichten Urkunden Stellung zu nehmen. Sodann hat die Beklagte nicht geltend gemacht, der Kläger hätte in der Triplik (Urk. 39) neue tatsächliche Behauptungen aufgestellt, geschweige denn erwähnt, zu welchen allfälligen Noven sie hätte Stellung nehmen wollen. Beilagen zur Triplik hat der Kläger keine eingereicht; damit lagen auch keine neuen Urkunden vor, zu welchen die Beklagte hätte Stellung nehmen müssen. Mithin hat die Vorinstanz keine Verfahrensrechte verletzt, indem sie die Beklagte nicht zu einer Stellungnahme zur Triplik zugelassen hat.

d) Zur Rüge der Beklagten, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, sie habe auf Stellungnahme zum Beweisergebnis verzichtet, ist festzuhalten, dass die Vorinstanz den Parteien mit Verfügung vom 1. Oktober 2010 Frist angesetzt hat, um sich zum Beweisergebnis zu äussern, mit der Androhung, dass bei Säumnis Verzicht auf Stellungnahme angenommen würde (Urk. 87). Diese Frist wurde der Beklagten mit Verfügung vom 27. Oktober 2010 letztmals bis und mit 24. November 2010 erstreckt (Urk. 90). Sodann wurde die Frist der Beklagten mit Verfügung vom 26. November 2010 allerletztmals bis und mit 6. Dezember 2010 im Sinne einer Notfrist erstreckt (Urk. 93). In der Folge hat die Beklagte innert Frist keine Stellungnahme zum Beweisergebnis eingereicht. Jedenfalls befindet sich eine solche nicht bei den Akten und hat die Beklagte auch nicht behauptet, eine solche eingereicht zu haben. Damit war die Beklagte säumig und musste die Vorinstanz androhungsgemäss einen Verzicht auf Stellungnahme annehmen. Eine Verletzung von Verfahrensrechten liegt nicht vor. Der Umstand, dass die Beklagte die Verfügung vom 26. November 2010 allenfalls spät empfangen hat und ihr dadurch weniger Zeit zur Abfassung einer Stellungnahme geblieben wäre, hätte sie selbst zu vertreten, musste sie doch mit einem sofortigen Entscheid über ihr

erneutes Fristerstreckungsgesuch rechnen. Kommt hinzu, dass die gewährte Notfrist grosszügig bemessen war.

e) aa) Die Beklagte wirft der Vorinstanz sinngemäss eine falsche Beweislastverteilung, ein unvollständiges Beweisverfahren sowie eine willkürliche Beweiswürdigung vor. Zunächst will die Beklagte aus dem Umstand, dass der Kläger bei seiner Anstellung verschwiegen hat, in den Jahren 2002 bis 2004 Arbeitslosentagelöhner bezogen zu haben und anschliessend ausgesteuert worden zu sein, sowie dass er vor seiner Anstellung längere Zeit nur Teilzeit gearbeitet hat, eine arglistige Täuschung bzw. falsche Angaben des Klägers geltend machen, welche sinngemäss zur einseitigen Unverbindlichkeit des Vertrages gemäss Art. 28 Abs. 1 OR geführt hätten.

bb) Demnach ist zu prüfen, ob sich die Beklagte aufgrund des Verschweigens der Teilarbeitslosigkeit durch den Kläger in einem Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) befand oder im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR getäuscht wurde. Ein Grundlagenirrtum liegt vor, wenn sich der Anfechtende über einen bestimmten Sachverhalt geirrt hat, der für ihn nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde. Das Vorspiegeln falscher Tatsachen wie auch das Verschweigen von Tatsachen kann als täuschendes Verhalten gemäss Art. 28 Abs. 1 OR angesehen werden; der Getäuschte hätte bei Kenntnis der Wahrheit den Vertrag nicht oder nicht mit dem entsprechenden Inhalt abgeschlossen. Das Verschweigen vorhandener Tatsachen ist jedoch nur insoweit verpönt, als eine Aufklärungspflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber besteht. Schon im Rahmen der Vertragsverhandlungen bzw. des Vorstellungsgespräches unterliegt der Arbeitnehmer einer Informationspflicht gegenüber dem Arbeitgeber. Es trifft ihn einerseits eine Auskunftspflicht, d. h. er muss alle Fragen, die in einem unmittelbaren Zusammenhang zum Arbeitsplatz und der zu leistenden Arbeit stehen, wahrheitsgetreu beantworten. Des Weiteren ist er verpflichtet, alles zu offenbaren, was ihn zur Übernahme der zu besetzenden Stelle als (absolut) ungeeignet erscheinen lässt. Kann er die vertragsgemässe Arbeitsleistung aufgrund bestimmter Umstände wie mangelnde Fähigkeiten (fehlende Ausbildung oder Berufspraxis), schwere oder ansteckende Krankheiten

etc. nicht oder nur erheblich vermindert erbringen, so muss er dies dem Arbeitgeber mitteilen. Gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben hat der Arbeitnehmer von sich aus den Arbeitgeber über Umstände zu informieren, welche ihn zur Erbringung der vertraglichen Arbeitsleistung als ungeeignet erscheinen lassen. Die Grenzziehung, ob eine Offenbarungspflicht besteht, hängt stark von der in Frage stehenden Tätigkeit und Position ab. Der Zügelmann muss also seinen Rückenschaden und der Bergführer seine Höhenangst offenbaren, nicht aber die Serviertochter ihre Tablettensucht. Der Umfang der Auskunftspflicht und Mitteilungspflicht bezüglich einer früheren Arbeitslosigkeit kann daher nur bejaht werden, wenn deswegen die konkret absehbare Gefahr einer Arbeitsverhinderung oder wesentlich verminderten Arbeitsleistung besteht.

cc) Vorliegend ist unbestritten, dass der Kläger vor seiner Anstellung bei der Beklagten Arbeitslosengelder bezogen hat und ausgesteuert wurde, und dass er die Arbeitslosigkeit und Aussteuerung weder in seinem Lebenslauf noch anlässlich des Bewerbungsgesprächs erwähnt hatte. Die Vorinstanz hat gestützt auf die Aufstellungen, die Lohnabrechnungen, die Lohnausweise, das Buchhaltungskontos der D.\_\_\_\_\_ Consulting, die AHV-Bescheinigungen und Unterlagen betreffend die BVG (Urk. 77 und 78/1-8) sowie die Angaben des Zeugen F.\_\_\_\_\_ (Urk. 81) den Umfang der früheren Arbeitstätigkeit des Klägers eruiert. Sie kam zum Ergebnis, dass der Kläger von Dezember 2002 bis Ende März 2006 für die D.\_\_\_\_\_ Consulting im Stundenlohn arbeitete und dabei folgende Arbeitsstunden leistete: 1'096.25 von Dezember 2002 bis Ende 2003, 663.75 im Jahre 2004, 794.00 im Jahre 2005 und 287.75 vom 1. Januar bis 31. März 2006. Die Beklagte hat diese Erwägungen der Vorinstanz nicht substantiiert bestritten. Sie hat auch nicht geltend gemacht, die Berechnungsgrundlagen seien inhaltlich falsch oder die Berechnung sei fehlerhaft. Dass der Kläger nach der Entlassung durch die Beklagte am 22. November 2006 allenfalls keine Ansprüche auf Leistungen der Arbeitslosenkasse mehr hatte, lässt sich damit erklären, dass er anlässlich seiner Anstellung beim A.\_\_\_\_\_ bereits ausgesteuert war und seine Arbeitstätigkeit beim A.\_\_\_\_\_ nicht lange genug gedauert hat, um erneut Arbeitslosengelder zu erhalten. Wer Taggelder beziehen will, muss nämlich grundsätzlich in den letzten zwei

Jahren vor der Anmeldung beim Arbeitsamt (Rahmenfrist für die Beitragszeit) während mindestens zwölf Monaten angestellt gewesen sein. Diese Beitragszeit muss auf den Tag genau erfüllt sein; fehlt von diesen zwölf Monaten auch nur ein Tag, besteht kein Anspruch auf Taggeld. Wegen seiner kurzen Anstellung bei der Beklagten hat der Kläger die minimale Beitragszeit wohl nicht geleistet, weshalb durchaus möglich ist, dass er nach seiner fristlosen Entlassung keinen Anspruch auf Arbeitslosentaggelder hatte. Es kann daher von den durch die Vorinstanz eruierten Arbeitsstunden ausgegangen werden, welche der Kläger zwischen Dezember 2002 und 31. März 2006 geleistet haben soll. Der errechnete Arbeitsumfang entspricht einem Arbeitspensum von durchschnittlich gut 40% (unter Berücksichtigung von Ferien).

Eine Auskunfts- und Mitteilungspflicht des Klägers bezüglich seiner Teilarbeitslosigkeit ist zu verneinen, da nicht ersichtlich ist, inwiefern deswegen bei seiner Anstellung eine konkret absehbare Gefahr einer Arbeitsverhinderung oder wesentlich verminderten Arbeitsleistung bestanden haben soll, zumal er stets in doch bedeutendem Umfang in der Branche arbeitstätig war. Der Kläger hätte somit die Beklagte bei der Bewerbung oder beim Anstellungsgespräch nur dann über die vorangegangene Teilarbeitslosigkeit informieren müssen, wenn ihn dieser Umstand zur Erbringung der vertraglichen Arbeitsleistung als ungeeignet erscheinen lassen hätte. Seine Tätigkeit bei der D. \_\_\_\_\_ kann nicht als reine Aushilfstätigkeit qualifiziert und derart gering betrachtet werden, dass der Kläger verpflichtet gewesen wäre, darauf hinzuweisen, dass es sich um keine Vollzeitbeschäftigung handelte. Daran vermag nichts zu ändern, dass die Beklagte den Kläger - angeblich - nicht eingestellt hätte, wenn sie gewusst hätte, dass der Kläger bei der D. \_\_\_\_\_ nur in einem reduzierten Pensum gearbeitet hat. Das vom Kläger bei der D. \_\_\_\_\_ geleistete Pensum und die Art der von ihm dort verrichteten Arbeit lassen den Kläger aber nicht als absolut ungeeignet erscheinen für die Geschäftsführung eines Hotels und Restaurants, zumal er zuvor mehrere Gastrobetriebe geführt hatte. Eine vorvertragliche Aufklärungs- und Mitteilungspflicht hinsichtlich der Teilarbeitslosigkeit (inkl. Bezugs von Arbeitslosengelder und Sozialhilfe) bzw.

Arbeitstätigkeit lediglich in einem Teilzeitpensum bestand daher im vorliegenden Fall nicht.

Dass der Kläger sowohl den Bezug von Arbeitslosentaggeldern in den Jahren 2002 bis 2006 samt anschliessender Aussteuerung als auch den Umstand, dass er von Dezember 2002 bis Ende März 2006 bei der D.\_\_\_\_\_ Consulting nur im Rahmen eines Teilzeitpensums tätig war, verschwiegen hat, vermag ihm daher nicht zum Nachteil zu gereichen. Auch der Umstand, dass F.\_\_\_\_\_ die Teilarbeitslosigkeit des Klägers ebenfalls verschwiegen hat, als ihn die Beklagte als Referenz kontaktiert hatte, vermag daran nichts zu ändern.

Eine Täuschung bezüglich seiner bisherigen Tätigkeiten und Fähigkeiten ist ebenfalls nicht erstellt: So ergab das Beweisverfahren, dass der Kläger im Jahre 1994 eine Wintersaison lang als Geschäftsführer des Hotels ... in ... arbeitete, in den Jahren 1998 bis 2002 das Hotel ... in ... gepachtet und in den Jahren 2001 und 2002 das Hotel ... in ... geführt hatte. Zudem hat die Beklagte lediglich geltend gemacht, der Kläger habe nur bescheidene Kenntnisse als Berater von Gastro- nomiefachleuten gemacht und nicht hinreichend substantiiert, inwiefern der Kläger sie bezüglich welcher Kenntnisse und beruflichen Erfahrungen getäuscht haben soll, welche Kenntnisse er in seinem Lebenslauf wahrheitswidrig vorgegeben haben soll, mithin etwa welche Passagen in seinen Bewerbungsunterlagen oder welche Angaben des Klägers beim Anstellungsgespräch wahrheitswidrig gewesen sein sollen. Zudem ist nicht erwiesen, dass der Kläger aufgrund seiner bisherigen Tätigkeiten und Erfahrungen ungeeignet war, die vertragliche Arbeitsleistung ordnungsgemäss zu erbringen. Der Umstand, dass der Kläger bei der D.\_\_\_\_\_ Consulting - von Ende 2002 bis Ende März 2006 - "bloss" als Mitarbeiter der Kundenbuchhaltungen tätig war, wie dies der Zeuge F.\_\_\_\_\_ ausgeführt hatte, vermag die Eignung des Klägers als Geschäftsführer eines Gastgewerbebetriebs nicht von vornherein auszuschliessen, zumal er in den vorangegangenen Jahren - wie erwähnt - mehrere Hotelbetriebe geführt und demnach langjährige Erfahrung in der Branche gesammelt hatte. Nach Aussagen des Zeugen F.\_\_\_\_\_ habe der Kläger nämlich gegenüber einem "normalen" Buchhalter den Vorteil gehabt, dass er das Gastgewerbe gekannt habe. Mithin verdankte der Kläger seine

langjährige Tätigkeit für die D.\_\_\_\_\_ Consulting gerade seinen guten Kenntnisse des Gastgewerbes. Die Bezeichnung seiner Tätigkeit bei der D.\_\_\_\_\_ Consulting als "Kfm. Mitarbeiter und Berater" im Lebenslauf des Klägers war demnach nicht irreführend. Kommt hinzu, dass die Beklagte nach eigenen Angaben im Berufungsverfahren F.\_\_\_\_\_ vor der Einstellung des Klägers kontaktiert und von ihm eine gute Referenz über diesen erhalten hatte. Inwiefern die Abnahme der zusätzlich angebotenen Beweismittel das Beweisergebnis zu ändern vermöchte, ist nicht ersichtlich und wurde durch die Beklagte auch nicht dargetan. Insbesondere ist schleierhaft, wie die angerufenen Behörden, namentlich die Gemeinde E.\_\_\_\_\_, Sozialämter oder die SYNA, Auskunft über die Eignung des Klägers als Geschäftsführer des A.\_\_\_\_\_ geben könnten.

Demgemäss konnte der Beweis nicht erbracht werden, dass der Kläger der Beklagten anlässlich seiner Anstellung falsche Tatsachen vorgespiegelt oder Tatsachen verschwiegen hätte, durch welche die Beklagte in einen Grundlagenirrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR versetzt oder gar im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR absichtlich getäuscht worden wäre. Mithin liegt keine einseitige Unverbindlichkeit des Arbeitsvertrages vor.

f) aa) Weiter ist die Beklagte der Auffassung, dass die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung erfüllt gewesen seien, nämlich einerseits aufgrund der Täuschung durch den Kläger im Rahmen seiner Bewerbung in Bezug auf seine frühere Arbeitslosigkeit, Tätigkeiten und Fähigkeiten, andererseits aufgrund des Verhaltens des Klägers während der Anstellungsdauer.

bb) Nach Art. 337 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Nach der Rechtsprechung ist eine fristlose Entlassung nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tief greifend zu erschüttern,

dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist. Andererseits müssen sie auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein. Bei der Gewichtung einer Pflichtverletzung ist bei Kaderpersonen aufgrund des ihnen entgegengebrachten besonderen Vertrauens und der Verantwortung, welche ihnen ihre Funktion im Betrieb überträgt, ein strenger Massstab anzulegen. Demgemäss hat das Bundesgericht bei einem Arbeitnehmer, der als Personalleiter eine Vertrauensposition im Betrieb innehatte, eine Täuschung des Arbeitgebers durch das Herstellen wahrheitswidriger Dokumente für die Buchhaltung als wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung qualifiziert.

Den Arbeitnehmer trifft bereits im Stadium der Vertragsverhandlungen eine vorvertragliche Treuepflicht, weshalb bewusst wahrheitswidrige Angaben bei der Stellensuche einen wichtigen Grund für die fristlose Kündigung darstellen können. Dies kann bei falschen Angaben über Fähigkeiten, Kenntnisse, Examen und Ausbildungsgänge zutreffen, wenn sie einen Bezug zur zugewiesenen Stelle hatten und der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis der Wahrheit hat. Im betreffenden Fall hatte die Aufgabe des Arbeitnehmers gemäss Anstellungsvertrag in der Akquisition neuer Kunden bestanden, weshalb es für seine Anstellung entscheidend gewesen war, dass er eine gute bisherige Kundenbeziehung und einen intensiven Kundenkontakt hatte. Die Arbeitnehmerin hätte ihn nicht angestellt, wenn sie gewusst hätte, dass er seit längerer Zeit arbeitslos war und keine konkreten Vermögensverwaltungsaufträge mehr hatte. Seine frühere Anstellung und seine angegebene Vermögensverwaltungstätigkeit waren demnach von ausschlaggebender Bedeutung. Zudem war der Arbeitnehmer als Mitglied der Direktion mit kollektiver Zeichnungsberechtigung angestellt worden, weshalb aufgrund seiner Verantwortung gegenüber seinen Kunden und der Arbeitgeberin von ihm besondere Aufrichtigkeit und Ehrlichkeit erwartet werden konnten. Da er seine Anstellung durch unwahre Angaben erschlichen hatte, konnte ihm ein solches Vertrauen aber nicht mehr entgegengebracht werden. Bezüglich des von ihm erwarteten Aufbaus einer neuen Kundschaft im Mittleren Osten waren seine wahr-

heitswidrig behaupteten Kundenkontakte von entscheidender Bedeutung gewesen. Die Arbeitgeberin konnte nicht mehr an eine erfolgsversprechende Tätigkeit des Arbeitnehmers glauben. Durch seine unwahren Angaben zu vertragsrelevanten Tatsachen hatte er seine vorvertragliche Treuepflicht in schwerer Weise verletzt und das gegenseitige Vertrauensverhältnis endgültig zerstört, weshalb es der Arbeitgeberin nicht zumutbar war, das Arbeitsverhältnis mit ihm bis zum Ablauf der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist von sechs Monaten fortzusetzen. Die Kenntnis darüber, dass der Arbeitnehmer anlässlich seiner Vorstellungsgespräche bezüglich seiner bisherigen Anstellung und Berufserfahrung wahrheitswidrige Angaben gemacht hatte, war daher unabhängig von der Qualität seiner danach erbrachten Arbeitsleistung objektiv geeignet, die für seine weitere Anstellung wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tief greifend zu erschüttern, dass der Beschwerdegegnerin die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten war (BGE 4A\_569/2010 vom 14. Februar 2011, mit Hinweisen). Zu den Voraussetzungen der fristlosen Entlassung kann im Übrigen auf die zutreffenden rechtstheoretischen Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 106 S. 10 und 14 f.).

cc) Der Umstand, dass der Kläger im Stadium der Vertragsverhandlungen gegenüber der Beklagten verschwieg, dass er in den vorangegangenen Jahren bei der D.\_\_\_\_\_ Consulting nur Teilzeit gearbeitet und Arbeitslosengelder bezogen hatte, bis er ausgesteuert wurde, stellt keine Verletzung der vorvertraglichen Treuepflicht dar. Bewusst wahrheitswidrige Angaben bei der Stellensuche, welche einen wichtigen Grund für die fristlose Kündigung bilden würden, liegen nicht vor. Insbesondere ist nicht erwiesen, dass der Kläger falschen Angaben über Fähigkeiten, Kenntnisse, oder frühere Arbeitstätigkeiten gemacht hätte, welche einen Bezug zur zugewiesenen Stelle gehabt hätten und bezüglich welcher die Beklagte ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis der Wahrheit gehabt hätte. Es kann nicht gesagt werden, dass der Kläger seine Anstellung durch unwahre Angaben erschlichen hat, zumal der Kläger bis zu seiner Anstellung tatsächlich bei der D.\_\_\_\_\_ gearbeitet hatte - wenn auch nur Teilzeit - und vorher mehrere Gastgewerbebetriebe geführt hatte. Dass der Kläger bezüglich seiner bisherigen Anstel-

lung und Berufserfahrung wahrheitswidrige Angaben gemacht hat, ist nicht erstellt, zumal - wie oben dargelegt - keine Aufklärungspflicht hinsichtlich seiner Teilarbeitslosigkeit bestanden hatte. Der Beklagten wäre es daher zumutbar gewesen, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen, selbst wenn sie erst nach der Anstellung von der Teilarbeitslosigkeit des Klägers erfahren hatte.

dd) aaa) Es verbleibt zu prüfen, ob das Verhalten des Klägers während der Anstellungsdauer eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen vermochte. Der Arbeitgeber darf den Arbeitnehmer nur bei massiven Verfehlungen fristlos entlassen. Im Falle von weniger schweren Pflichtverletzungen wird die vorgängige Verwarnung unter Androhung der fristlosen Entlassung im Wiederholungsfalle verlangt. Bei fristlosen Entlassungen verlangt die Gerichtspraxis bei einigen Grenzfällen, dass das Verhalten zunächst gerügt wird, bevor eine fristlose Entlassung zu Recht ausgesprochen werden kann, namentlich bei Trunkenheit, "Blaumachen", Zuspätkommen oder verfrühtes Verlassen des Arbeitsplatzes, ungenügendem persönlichen Einsatz, unzureichender Sorgfalt, Unzuverlässigkeit, Fehlverhalten betreffend der Arbeitszeit wie nicht belegte Absenzen, zu lange Pausen, Unpünktlichkeit. Pflichtverletzungen und andere Unkorrektheiten am Arbeitsplatz können somit zu einer gerechtfertigten fristlosen Kündigung führen, wenn es sich um grobe Verletzungen von Pflichten handelt, die in der Regel einer vorgängigen Verwarnung bedürfen, namentlich regelmässiges zu spätes Erscheinen oder unentschuldigtes Fernbleiben vom Arbeitsplatz trotz Verwarnung (vgl. Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, Zürich 2012, N 5 lit. d zu Art. 337 OR).

Eine schlechte Arbeitsleistung ist grundsätzlich kein Grund für eine fristlose Entlassung. Anders kann es sich nur verhalten, wenn dem Arbeitnehmer entweder ein völliges berufliches Versagen vorgeworfen werden muss oder wenn die schlechte Leistung auf ein grobes Verschulden zurückzuführen ist. Letzteres ist anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit in schwerwiegender Weise und vorsätzlich schlecht verrichtet oder wenn er trotz Abmahnung wiederholt grobfahrlässig und damit schuldhaft sein Fehlverhalten wiederholt. Auch wenn die Arbeitsleistungen sich im Verlauf des Arbeitsverhältnisses zunehmend ver-

schlechtern, rechtfertigt sich eine fristlose Entlassung nicht, soweit den Arbeitnehmer daran kein Verschulden trifft (Urteil des BGer vom 23.12.1998, in JAR 1999 S. 273). Ungenügender Arbeitseinsatz (z.B. durch Schwatzen, Umherspazieren, ausgedehnte private Telefongespräche) ist nur Anlass zu fristloser Kündigung, wenn dies trotz mehrerer Verwarnungen wiederholt vorkommt. Das Nachlassen des Arbeitseifers und des Arbeitserfolges bietet keinen Grund zur fristlosen Entlassung. Nur bei grobem Verschulden (Absicht oder grober Fahrlässigkeit) des Arbeitnehmers, welches das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien erheblich beeinträchtigt, ist die fristlose Entlassung zulässig, z.B. bei mangelnder Fähigkeit, verbunden mit fehlender Initiative und gänzlich ungenügendem Interesse an der Arbeit (Stahelin, Zürcher Kommentar, N 10 zu Art. 337 OR, N 21 zu Art. 337 OR, m.w.H.).

Ist eine Verwarnung erforderlich, so liegt eine solche erst dann vor, wenn für den Fall einer erneuten Vertragsverletzung in verständlicher Form die fristlose Entlassung angedroht wird. Wesentlich ist, dass der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben ausreichend gewarnt sein muss, dass der Arbeitgeber derartige Vorkommnisse nicht mehr zu dulden gewillt ist. Eine Verwarnung stellt deshalb eine empfangsbedürftige Willenserklärung dar (Stahelin, Zürcher Kommentar, N 10 zu Art. 337 OR). Dem Inhalt nach besteht eine Verwarnung darin, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bestimmte Pflichtwidrigkeiten vorhält, d.h. den Arbeitnehmer zu künftigem pflichtgemässen Verhalten auffordert und ihm die fristlose Entlassung androht für den Fall weiterer Pflichtwidrigkeiten in Zukunft (Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage, Bern 1996, N 9 zu Art. 337 OR).

bbb) Vorab ist festzuhalten, dass keiner der von der Beklagten geltend gemachten Pflichtverletzungen derart massiv gewesen wären, dass sie zur fristlosen Entlassung ohne vorgängige Verwarnung berechtigt hätten, zumal ein grobes Verschulden des Klägers (Absicht oder grobe Fahrlässigkeit) nicht erstellt ist. Die Beklagte kann sich daher auf die vorgeworfenen Verfehlungen und Unterlassungen nur berufen, sofern sie abgemahnt wurden und der Kläger sie nach der Verwarnung erneut begangen hat.

Der Vorwurf der Beklagten an den Kläger, er habe Jahresbudget, Kalkulationen, Nachkalkulationen und Inventare nicht geliefert, ist nicht substantiiert. Ausserdem hat die Beklagte auch nicht geltend gemacht, dass eine diesbezügliche Abmahnung erfolgt wäre, und dass der Kläger seinen entsprechenden Pflichten auch nach der Vorwarnung nicht innert angemessener Frist nachgekommen wäre. Die gewährte Zeitspanne ab der Verwarnung vom 1. November 2006 bis zur Aussprechung der Kündigung am 22. November 2006 wäre hiefür ohnehin nicht ausreichend gewesen.

Dem Kläger ist es nicht gelungen, nachzuweisen, dass der Kläger eine ungenügende Arbeitsleistung erbracht hat. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass eine Verschlechterung der Arbeitsleistungen ohnehin zum Risiko gehören würde, das jedem Dauerschuldverhältnis innewohnt und mit der Möglichkeit der ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses seinen Ausgleich findet (Urteil des BGer vom 23.12.1998, in JAR 1999 S. 273 f.). Liegt keine ungenügende Arbeitsleistung vor, braucht auch deren allfällige Ursache nicht abgeklärt zu werden. Ausserdem hat die Beklagte nur vage ausgeführt, der Kläger sei aufgrund seiner persönlichen Probleme, namentlich Gesundheit, Persönlichkeitszerfall als Folge der Alkoholprobleme, fehlender Einsatzwille, etc., nicht in der Lage gewesen, die von ihm versprochenen Leistungen zu erbringen. Nicht ersichtlich ist, inwiefern die offerierten Beweismittel (Amtsbericht, Zeugenaussagen von der Gemeinde E. \_\_\_\_\_ und der SYNA sowie medizinisches Gutachten) bezüglich der Arbeitsleistung des Klägers sowie seines Gesundheitszustandes (Suchtverhalten sowie Persönlichkeitszerfall im Zusammenhang mit Alkoholabhängigkeit) während seiner Anstellung aussagekräftig sein könnten. Kommt hinzu, dass das Alkoholproblem in der Verwarnung nicht enthalten war, weshalb sich die Beklagte zur Begründung einer fristlosen Kündigung ohnehin nicht darauf berufen kann. Sofern die Pflichtverletzungen in der Verwarnung aufgeführt wurden, so hat es die Beklagte versäumt darzutun, welche Unterlassungen oder Pflichtverletzungen erneut vorgekommen sein sollen. Für die Behebung eines allfälligen Suchtproblems wäre der gewährte Zeitraum von drei Wochen ab Verwarnung ohnehin nicht angemessen gewesen.

Die Beklagte machte pauschal geltend, der Kläger habe die in der Verwarnung erhaltenen Weisungen nicht beachtet. Auch diesbezüglich hat die Beklagte nicht hinreichend konkret dargelegt, welche Weisungen der Kläger nicht beachtet und welche Verfehlungen er danach erneut begangen hat.

Im Übrigen kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 106 S. 10 ff.). Insgesamt wurden keine derart massiven und grob schuldhaften Verfehlungen geltend gemacht, welche zu einer fristlosen Kündigung ohne vorgängige Verwarnung berechtigt hätten. Zudem wären solche auch nicht erwiesen. Auch weniger schwere Pflichtverletzungen (Nichterfüllung bzw. Schlechterfüllung der Arbeitspflicht) konnten nicht bewiesen werden. Zudem hat die Beklagte nicht dargetan, welche Verfehlungen, die in der Verwarnung bereits enthalten waren, der Kläger danach wieder begangen hat. Schliesslich wäre eine Frist von drei Wochen ab Verwarnung für die Behebung allfälliger Mängel ohnehin zu kurz gewesen. Demnach liegen keine Umstände vor, welche die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 337 Abs. 2 OR unzumutbar machten. Es erübrigt sich daher, weitere Beweismittel abzunehmen.

ee) Die Beklagte berief sich erneut auf das Verhalten des Klägers nach der Entlassung. Hiezu ist zu erwähnen, dass sämtliche von der Beklagten vorgebrachten Vorfälle, welche sich nach der Kündigung vom 22. November 2006 ereignet haben sollen, unerheblich sind zur Beurteilung der Frage, ob die fristlose Kündigung rechtmässig war. So vermag die Beklagte aus dem Umstand, dass der Kläger nach seiner Entlassung seine Bereitschaft zur weiteren Arbeit angeboten hat - womit wohl die Stellungnahme des Klägers vom 19. November 2006 gemeint war - , dennoch sein Gastwirtschaftspatent an die Gemeinde E.\_\_\_\_\_ zurückgegeben hat, nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Mit seiner Entlassung hatte der Kläger seine vertraglichen Rechte und Pflichten verloren. Insbesondere hat die Vorinstanz zutreffend dargelegt, dass die Beklagte das Verhalten des Klägers auch nicht als Zustimmung zur fristlosen Entlassung werten konnte (vgl. Urk. 106 S. 8 f.). Auch dass der Kläger am 28. November 2006 verbotenerweise in die Rezeption eingeschlichen sein und sich dort Dinge angeeignet haben soll, ist nicht relevant. Ausserdem hat die Beklagte nicht substantiiert, weshalb das Betreten der

Rezeption durch den Kläger verboten gewesen sein und was der Kläger sich dabei konkret angeeignet haben soll. Auch aus dem Umstand, dass der Kläger zur späteren vereinbarten Besprechung nicht erschienen sein soll, an welcher die Möglichkeit bestanden hätte, die fristlose Kündigung in eine ordentliche Kündigung umzuwandeln oder sie mit einer einvernehmlichen Austrittsvereinbarung zu ersetzen, vermag die Beklagte nichts zu ihren Gunsten abzuleiten, bestand doch für den Kläger keine Pflicht mehr für ein solches Gespräch.

e) Nach dem Gesagten war die Kündigung vom 22. November 2006 ungerechtfertigt, wie das die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat. Den ausstehenden Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist Ende September 2007 zuzüglich Anteil am 13. Monatslohn ab 1. April 2007 bezifferte die Vorinstanz auf Fr. 92'000.-- brutto bzw. Fr. 78'163.25 netto unter Berücksichtigung von Sozialabgaben und BVG-Beiträgen sowie Kosten für die Personalwohnung und Verpflegung, zuzüglich 5% Verzugszins ab 7. Dezember 2006. Dieser Betrag wurde im Berufungsverfahren nicht substantiiert angefochten, weshalb er in gleicher Höhe zuzusprechen ist.

f) Die Vorinstanz hat die Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR auf drei Monatslöhne, mithin Fr. 24'000.--, festgesetzt. Im Berufungsverfahren wurde die Entschädigung im Quantitativ nicht bestritten. Die Beklagte hat sich mit der Begründung der Vorinstanz (Urk. 106 S. 23 f.) denn auch nicht auseinandergesetzt. Die Höhe der von der Vorinstanz zugesprochenen Entschädigung erscheint angemessen und ist zu bestätigen.

#### IV.

Bei diesem Verfahrensausgang ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen. Die Beklagte wird im Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Im Berufungsverfahren hat der Kläger "einen pauschalen zusätzlichen Anspruch resp. eine Prozessentschädigung von CHF 1000.--" geltend gemacht mit der Begründung, durch das sonderbare Vorgehen der Beklagten bezüglich des zweiteiligen Versands der Berufungsschrift und die dadurch notwendig gewordene Zeugeneinvernahme seien - nebst der Verzögerung von

fast einem Jahr - zusätzliche Umtriebe entstanden, die zu Lasten der Beklagten in den Kosten- und Entschädigungsfolgen zu berücksichtigen seien (Urk. 143 S. 15). Für die zusätzliche Rechtsschrift im Beweisverfahren betreffend rechtzeitige Übergabe der klägerischen Eingabe an die schweizerische Post ist bei der Berechnung der Prozessentschädigung ein weiterer Zuschlag zu gewähren, weshalb eine solche in der Höhe von insgesamt Fr. 8'000.-- für das Berufungsverfahren angemessen erscheint.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 15. Dezember 2010 in den folgenden Punkten in Rechtskraft erwachsen ist:

1. (...)

- Im Mehrbetrag wird das Begehren abgewiesen.

2. (...)

3. (...)

4. Der Antrag des Klägers auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses wird als gegenstandslos erledigt abgeschrieben.

5. Der Eventualantrag des Klägers auf Ausrichtung einer Gewinnbeteiligung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

2. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger aus dem Arbeitsverhältnis Fr. 78'163.25 netto nebst Zins zu 5 % seit 7. Dezember 2006 zu bezahlen.

3. Die Beklagte wird verpflichtet, die auf das Bruttogehalt von elf Monaten à Fr. 8'000.-- zuzüglich Fr. 4'000.-- Anteil 13. Monatslohn entfallenden Sozialabzüge mit den entsprechenden Sozialversicherungseinrichtungen abzurechnen.
4. Die Beklagte wird weiter verpflichtet, dem Kläger eine Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR im Betrag von Fr. 24'000.-- zu bezahlen.
5. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv-Ziffern 6 bis 8) wird bestätigt.
6. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 10'000.-- festgesetzt.
7. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt.
8. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Rechtsvertreter des Klägers für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 8'000.-- zu bezahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Hinwil, je gegen Empfangsschein.

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

10. 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. 102'163.25.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.  
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 22. Mai 2013

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. J. Freiburghaus

versandt am:

mc