

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA110014-O/U.doc

Mitwirkend: Obergerichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Ersatzoberrichter
Dr. S. Mazan und Ersatzoberrichterin lic. iur. C. Keller Gisin sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. G. Kenny

Beschluss und Urteil vom 27. März 2012

in Sachen

A._____ AG,

Beklagte, Widerklägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. oec. et lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Kläger, Widerbeklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **Forderung / Arbeitszeugnis**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 24. März 2011
(CG100057)**

Rechtsbegehren:

(act. 8)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 13'500.00 als Arbeitslohn vom 1. September 2010 bis 31. November 2010 zu bezahlen.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine angemessene Entschädigung von Fr. 9'000.00 im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR zu bezahlen.
3. Es sei dem Kläger ein uncodiertes, angemessenes, wohlwollendes Arbeitszeugnis auszustellen."

Widerklage:

(act. 11)

"Widerklageweise sei der Kläger zu verpflichten, der Beklagten Fr. 928.25 plus Zins zu 5 % seit 24. September 2010 zurückzuerstaten."

Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 24. März 2011:

(act. 16)

- " 1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 13'500.– (brutto, Lohnersatz für die Monate September bis November 2010) zu bezahlen. Der Bruttobetrag reduziert sich um die Sozialabzüge, sofern die Beklagte nachweist, dass sie diese an die zuständigen Stellen abgeführt hat.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 4'500.– (Schadenersatz im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR) zu bezahlen.

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger auf erstes Verlangen ein Arbeitszeugnis mit folgendem Wortlaut aus- und zuzustellen:

"Zeugnis

Herr B._____, geboren am tt.mm.1988, war vom 01. Oktober 2008 bis am 30. November 2010 bei der Firma A.____ AG als Help Desk Mitarbeiter tätig.

Die A.____ AG ist im ..-Lizenzhandel in den Bereichen System- und Servicemanagement tätig. Insbesondere befasst sich das Un-

ternehmen mit der umfassenden Beratung und Implementation der Produkte von C._____ respektive D._____ bis zur Übergabe an den Kunden.

Folgende Aufgaben waren im Verantwortungsbereich von Herrn B._____:

- First Level Support für unsere Kunden im Bereich der Produkte von C._____
- First Level Support für unsere Kunden für das Produkt D._____
- Eskalation von Kundenproblemen an den Hersteller
- Tracking der offenen Störungen und sicherstellen der Service Levels
- Mithilfe bei der Betreuung und dem Betrieb der internen Informatik der A._____ AG
- Bereitstellung von neuer Client HW und SW für die Mitarbeiter der A._____ AG

Wir haben Herrn B._____ als hilfsbereiten Mitarbeiter kennengelernt. Er erledigte seine Arbeit hinsichtlich Qualität sowie Quantität zu unserer Zufriedenheit. Seine Kenntnisse über unsere Produkte konnte er täglich im Gespräch mit den Kunden (intern sowie extern) am Helpdesk anwenden und sie hinsichtlich einer Lösung beraten.

Hervorheben möchten wir seine unkomplizierte Art in der Zusammenarbeit mit den Lieferanten, Kunden und Mitarbeitern. Mit den Leistungen von Herrn B._____ waren wir zufrieden.

Wir danken Herrn B._____ für die Zusammenarbeit und wünschen ihm für den weiteren Werdegang und Lebensweg alles Gute, viel Glück und Erfolg.

E._____, 30. November 2010

[Unterschriften]

Unsere Arbeitszeugnisse sind transparent und uncodiert abgefasst.“

4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
5. Die Widerklage wird abgewiesen.
6. Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
7. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'260.– zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein.
9. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei sowie unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Berufungsanträge:

der Beklagten, Widerklägerin und Berufungsklägerin (Urk. 15):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 24. März 2011 sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen.
2. Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten CHF 928.25 plus Zins zu 5 % seit 24.09.2010 zurückzuerstatten.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers."

des Klägers, Widerbeklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 19):

- "1. Die Anträge der Berufungsklägerin seien vollumfänglich abzuweisen.
2. Das Urteilsdispositiv des Bezirksgerichtes Uster vom 24. März 2011, Geschäfts-Nr. CG100057, sei vollumfänglich zu bestätigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Der Kläger, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) arbeitete seit 1. Oktober 2008 bei der Beklagten, Widerklägerin und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) als Helpdesk-Mitarbeiter. Am 25. August 2010 wurde er fristlos entlassen.

1.2. Mit Eingabe vom 4. November 2010 und unter Beilage der Weisung des Friedensrichteramts E1._____ vom 28. Oktober 2010 gelangte der Kläger an die Vorinstanz, welche nach durchgeführter Hauptverhandlung am 24. März 2011 das eingangs wiedergegebene Urteil fällte (Urk. 13 = Urk. 16).

1.3. Unter dem 26. April 2011 (eingegangen am 27. April 2011) reichte die Beklagte fristgerecht Berufung ein (Urk. 15). Die Berufungsantwort datiert vom 30. Juni 2011 (Urk. 19) und wurde der Beklagten am 1. September 2011 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 19 S. 1).

2. Vorbemerkungen

2.1. Auf das vorliegende Verfahren kommt die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene eidgenössische Zivilprozessordnung zur Anwendung (Art. 404 f. ZPO).

2.2. Soweit die Klage abgewiesen wurde, ist das vorinstanzliche Urteil mit Eingang der Berufungsantwort am 4. Juli 2011 rechtskräftig geworden (vgl. zum Zeitpunkt Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 315 N 6; Frank/Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., N 2 zu § 260 ZPO). Dies ist vorzumerken.

2.3. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachenvorbringen nur noch zulässig, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). In Rechtsprechung und Lehre ist umstritten, ob das eingeschränkte Novenrecht auch dann gilt, wenn der Sachverhalt

von Amtes wegen festzustellen ist. Das Bundesgericht schnitt die Frage schon verschiedentlich an, liess sie dann jedoch offen, weil die angefochtenen Entscheide nur auf Willkür überprüft wurden (BGE 5A_402/2001, Urteil vom 5. Dezember 2011, E. 4.1; BGE 5A_592, Urteil vom 31. Januar 2012, E. 4.1). Für die I. Zivilkammer des Obergerichtes ist das beschränkte Novenrecht auch in Verfahren mit Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen massgebend (ZR 110/2011 Nr. 96 S. 288), während die II. Zivilkammer des Obergerichtes unlängst festhielt, dass neue Behauptungen im Berufungsverfahren unbeschränkt zulässig sind, wenn der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären ist (ZR 110/2011 Nr. 111 S. 317 f.). Auch in der Literatur sind die Meinungen geteilt. Während ein Teil der Lehre auch für Verfahren mit Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen das eingeschränkte Novenrecht nach Art. 317 ZPO befürwortet (Fabienne Hohl, *Procédure civile*, Tome II, 2. Aufl. Bern 2010, N. 2410 und 2415; Isaak Meier, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Zürich 2010, S. 490), will ein anderer Teil der Literatur Noven in analoger Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO unbeschränkt zulassen (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 Rz. 14, 22 und 70; Peter Vokart, *Dike-Komm ZPO*, Art. 317 Rz. 17).

Die Streitfrage ist durch Auslegung von Art. 317 Abs. 1 ZPO zu ermitteln (zur Methode der Gesetzesauslegung vgl. anstatt vieler BGE 133 III 275 E. 3.2 S. 277 mit Hinweisen). Der Wortlaut des Gesetzes (grammatikalische Auslegung) ist klar. Art. 317 Abs. 1 ZPO sieht bei Verfahren mit Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen keine Ausnahme vom eingeschränkten Novenrecht vor. Auch die Gesetzssystematik (systematische Auslegung) ist klar. Während für die erste Instanz bei Verfahren mit Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen das unbeschränkte Novenrecht ausdrücklich vorgesehen ist (Art. 229 Abs. 3 ZPO), fehlt eine entsprechende Bestimmung für das Berufungsverfahren. Zum gleichen Ergebnis führt auch die Berücksichtigung von Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung (teleologische Auslegung). Die Verfahren mit Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen unterstehen teils dem vereinfachten (Art. 247 Abs. 2 ZPO) und summarischen Verfahren (Art. 255 und 272 ZPO). In beiden Fällen ist die Verfahrensbeschleunigung ein wichtiges Ziel (Botschaft S. 7345 [für das vereinfachte Verfahren] und S. 7349 [für das summarische Verfahren]), welches durch ein uneingeschränktes No-

venrecht im Berufungsverfahren in Frage gestellt würde. Und schliesslich führt auch eine Berücksichtigung der Materialien (historische Auslegung) zum gleichen Ergebnis. Der bundesrätliche Entwurf sah einen Verweis auf das erstinstanzliche Novenrecht vor (Art. 314 Abs. 1 EZPO). Demgegenüber enthält die zum Gesetz gewordene Fassung des Novenrechts im Berufungsverfahren (Art. 317 ZPO) eine von den Bestimmungen des erstinstanzlichen Verfahrens abweichende Regelung, was einer sinngemässen Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO entgegensteht (vgl. auch Hohl, a.a.O., Rz. 2410 zu den Beratungen in den Räten).

Aufgrund dieser Gesetzesauslegung hält die I. Zivilkammer an ihrer Praxis fest, dass die in Art. 317 Abs. 1 ZPO vorgesehene Beschränkung des Novenrechts auch in Verfahren gilt, in denen der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist.

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. Kern der vorliegenden Streitigkeit ist eine E-Mail des Klägers, welche dieser am 23. August 2010 mit dem Betreff "F1._____" an seinen Kollegen F._____ auf dessen geschäftliche E-Mailadresse bei der G._____ gesandt hatte, und in welchem er jenem von der Unterzeichnung eines sogenannten backup-exec Vertrages abgeraten hatte (vgl. Urk. 9/1: "Unterschied de backup-exec vertrag nöd, http://www.H._____.ch/ das sind die wahre backup-exec profis. Gruäss B._____"). Die Beklagte war auf diese E-Mail gestossen, als sie bzw. der Vorgesetzte des Klägers am 24. August 2010 – nachdem der Kläger am Vortag mündlich seine Kündigungsabsicht zumindest angetönt hatte – dessen E-Mailaccount durchsucht hatte (Urk. 16 S. 3 ff.). Die Beklagte machte hierzu vor Vorinstanz geltend, sie sei zur Einsichtnahme in die fragliche E-Mail berechtigt gewesen, da sie der Erfüllung des Gesellschaftszweckes gedient habe und zudem aufgrund der Abwesenheit des Klägers am Nachmittag des 23. Augustes 2010 notwendig gewesen sei. Sie habe lediglich zur Abarbeitung eines unbearbeiteten Tickets Einsicht genommen, weshalb es sich nicht um eine personenbezogene Auswertung elektronischer

Kommunikationsmittel gehandelt habe, welche gemäss Mitarbeiterreglement die Vorinformation des Betroffenen vorausgesetzt hätte. Die E-Mail habe das Vertrauensverhältnis zum Kläger so stark untergraben, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar gewesen sei. Erschwerend sei zu berücksichtigen, dass die Arbeitsleistung des Klägers kaum je befriedigend ausgefallen sei (Urk. 10 S. 5 f., S. 8; Prot. I S. 7).

3.2. In ihrem Urteil erwog die Vorinstanz zunächst, gemäss den eigenen Angaben der Beklagten habe besagte E-Mail als Einzelereignis das Vertrauensverhältnis so stark untergraben, dass eine Weiterbeschäftigung des Klägers nicht zumutbar gewesen sei, dass die fristlose Entlassung einzig und allein durch die E-Mail vom 23. August 2010 begründet sei sowie dass die mangelhaften Leistungen des Klägers nicht Grund für die Kündigung gewesen seien. Entsprechend sei für die Frage nach dem Vorliegen eines wichtigen Grundes lediglich die von den Parteien im Zusammenhang mit der E-Mail vom 23. August 2010 geltend gemachten Umstände zu berücksichtigen. Sämtliche Ausführungen der Beklagten betreffend eine mangelhafte Arbeitsleistung, mittels derer sie die fristlose Entlassung "ergänzend" zu begründen versuche, seien dementsprechend irrelevant und nicht weiter beachtlich (Urk. 16 S. 6 f.).

Weiter erwog die Vorinstanz, es sei offenkundig, dass der Inhalt besagter E-Mail, einem potentiellen Kunden vom Abschluss eines Vertrages mit der Arbeitgeberin abzuraten und ihn an die Konkurrenz zu verweisen, als ungehöriges und ungebührliches Verhalten des Klägers eine Verletzung der Treuepflicht darstelle. Grundsätzlich seien derartige Verstösse jedoch nicht als schwere Verfehlungen im Sinne von Art. 337 OR zu qualifizieren (Urk. 16 S. 7).

Sodann prüfte die Vorinstanz, ob spezielle Umstände die Verfehlung des Klägers als schwer erscheinen liessen, was sie im Ergebnis verneinte. So führte die Vorinstanz mit Bezug auf den Zugriff der Beklagten auf das E-Mailaccount des Klägers aus, gemäss Art. 328 Abs. 1 OR habe die Arbeitgeberin die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen. Die private Geheimsphäre finde eine Grenze an den Informationen, die der Arbeitgeber für die Erfüllung der Pflichten am Arbeitsplatz brauche. Vorliegend seien keine Umstände ersichtlich, die bei

einer Interessenabwägung zu Gunsten der Beklagten sprechen würden. Zwar sei den beklagischen Ausführungen, dass im IT-Bereich zwischen Mitarbeitern und Kunden ein kollegialer und informeller Umgangston herrsche, weshalb es kaum möglich sei, allein aus der Betreffzeile auf den Charakter einer E-Mail zu schließen, im Grundsatz zuzustimmen, doch vermöchten diese Ausführungen in Bezug auf die fragliche E-Mail nicht zu überzeugen; sie seien unplausibel. Die Betreffzeile lasse unzweifelhaft auf einen privaten Inhalt schließen. Es sei zudem nicht einzusehen, wieso die Suche nach einem Ticket nicht im dafür vorhandenen Ticketsystem möglich gewesen sein solle und wieso eine zeitliche Dringlichkeit vorgelegen haben solle, die eine Suche nach dem fraglichen Ticket noch gleichentags notwendig gemacht habe, respektive weshalb die Bearbeitung der Kundenreklamation nicht auch am nächsten Tag durch den Kläger hätte erfolgen können. Die Sachdarstellung der Beklagten sei aus diesen Gründen als reine Schutzbehauptungen zu qualifizieren. Selbst für den vorliegend gerade nicht gegebenen Fall, dass es keine andere Möglichkeit für die Beklagte gegeben hätte, als auf das E-Mailaccount des Klägers zuzugreifen, sei nicht nachvollziehbar, warum das Öffnen der E-Mail notwendig gewesen sein solle. Um nachprüfen zu können, ob ein E-Mailkontakt zwischen dem Kläger und dem reklamierenden Kunden stattgefunden hatte, hätte die Überprüfung der jeweiligen Adressaten der vom Kläger versandten E-Mails genügt. Der Arbeitgeberin wäre es ohne weiteres möglich gewesen, auch ohne Öffnen besagter E-Mail zu erkennen, dass diese an F. _____ adressiert gewesen sei, womit es sich keinesfalls um das gesuchte Ticket handeln können. Hieran vermöge auch die Beteuerung der Beklagten, die E-Mail vom 23. August 2010 habe sich nicht in einem als privat gekennzeichneten Unterordner, sondern in der Inbox des Outlooks befunden, nichts zu ändern. Mit anderen Worten hätten den Interessen des Klägers auf Schutz seiner privaten Geheimsphäre keine Interessen der Arbeitgeberin entgegen gestanden, die die von der Beklagten begangene Persönlichkeitsverletzung gerechtfertigt hätten. Die Einsichtnahme der Beklagten in die private E-Mail des Klägers sei mithin unzulässig gewesen und es sei zu berücksichtigen, dass die von der Beklagten zur Rechtfertigung der fristlosen Entlassung herangezogene E-Mail überhaupt erst

aufgrund einer von ihr begangenen Verfehlung zu deren Kenntnis gelangt sei (Urk. 16 S. 8 ff.).

Zu Gunsten des Klägers sei zu berücksichtigen, dass die fragliche E-Mail lediglich eine Zeile umfasse und die Empfehlung an seinen Kollegen, den Vertrag nicht zu unterschreiben, ohne weitere Begründung erfolgt sei und es deshalb fraglich erscheine, ob sich ein an einem Geschäft Interessierter allein aufgrund einer einzigen Zeile ernsthaft von einem Vertragsabschluss abhalten lassen würde. Zudem sei zu berücksichtigen, dass besagte E-Mail lediglich an eine einzige Person adressiert worden war und der Kläger dementsprechend keine öffentliche Kritik an seiner Arbeitgeberin geübt habe. Zu Gunsten des Klägers sei weiter zu berücksichtigen, dass es sich anerkanntermassen um einen einmaligen Vorfall gehandelt habe und die Beklagte keinerlei Beanstandungen hinsichtlich der klägerischen Loyalität im Vorfeld der fraglichen E-Mail geltend gemacht habe. Auch der Umstand, dass bereits zehn Minuten nach Versenden besagter E-Mail der Kollege F._____ mit den Worten: "Häsch gekündet?" antwortete, erwecke den Eindruck, dass dieser der Empfehlung, den Vertrag nicht zu unterzeichnen, keine allzu grosse Bedeutung beigemessen habe, respektive sich allein aufgrund der E-Mail nicht ernsthaft von einem beabsichtigten Vertragsabschluss hätte abhalten lassen, zumal der Kläger lediglich als Servicedesk Mitarbeiter angestellt und nicht zum Abschluss irgendwelcher Verträge befugt gewesen sei, was dem Schulkollegen F._____ bekannt gewesen sein dürfte. Aus den Ausführungen des Klägers anlässlich der Hauptverhandlung ergebe sich denn auch der Eindruck, dass der Kläger sich aufgrund seiner privaten Beziehung zu F._____ zu der unbedachten Äusserung habe hinreissen lassen, jedoch keine Wiederholungsgefahr im Allgemeinen und vor allem keine Wiederholungsgefahr gegenüber Kunden, mit denen der Klägerin einen rein geschäftlichen Umgang unterhalte, bestanden habe. Aufgrund seiner untergeordneten Stellung im Betrieb der Beklagten sei der Kläger denn auch keiner erhöhten Treuepflicht unterlegen. Hingegen lasse der Umstand, dass sich der Kläger bewusst gewesen sei, dass F._____ nicht als Privatperson, sondern im Rahmen seiner Anstellung bei der G._____, Interesse an einem Vertragsabschluss bekundet habe, seine Verfehlung nicht mehr als geringfügig erscheinen. Erschwerend sei zu berücksichtigen, dass der Umstand, dass F._____

sich um eine Offerte bemüht habe, den Eindruck erwecke, dass dieser bei der G._____, wenn nicht Entscheidungs-, dann doch zumindest eine Mitbestimmungsfunktion inne gehabt habe. Dass die vom Kläger begangene Verfehlung jedoch bei weitem nicht den Grad einer schweren Verfehlung aufweise, zeige sich auch darin, dass selbst die Beklagte besagte Verfehlung nicht als schwerwiegend wahrgenommen haben müsse. Dies sei aus dem Umstand zu schliessen, dass sie keine Massnahmen unternommen habe, die Verfehlung des Klägers wieder gutzumachen (Urk. 16 S. 10 ff.).

Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände sei die E-Mail vom 23. August 2010 als mittlere Verfehlung des Klägers zu qualifizieren. Bei einer weniger schweren Verfehlung sei der wichtige Grund nur erfüllt, wenn sich trotz einer Verwarnung eine erneute Zuwiderhandlung ereigne, was vorliegend unbestrittenermassen nicht der Fall sei. Demzufolge stelle das Versenden der klägerischen E-Mail vom 23. August 2010 keinen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR dar. Unter vorerwähnten Umständen wäre die Erteilung einer Verwarnung als mildere Massnahme geeignet und ausreichend und die Fortführung des Arbeitsverhältnisses für die kurze Dauer der dreimonatigen Kündigungsfrist und im Wissen um die vom Kläger unbestrittenermassen geäusserte Austrittsabsicht zumutbar gewesen. In Folge dessen sei die mit Schreiben vom 25. August 2010 erfolgte fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte als ungerechtfertigt zu bezeichnen (Urk. 16 S. 12 f.).

Aufgrund der vereinbarten dreimonatigen Kündigungsfrist schulde die Beklagte dem Kläger Fr. 13'500.– brutto Schadenersatz für dessen Verdienstausschlag. Soweit sie nachweise, dass sie die Sozialabgaben für diesen Betrag geleistet habe, sei sie berechtigt, diese vom Bruttobetrag in Abzug zu bringen (Urk. 16 S. 13 f.).

Hinsichtlich der geforderten Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR erwog die Vorinstanz, es sei zu berücksichtigen, dass der Kläger geltend mache, am 23. August 2010 mündlich auf Ende November 2010 gekündigt zu haben, weshalb das Ende des Arbeitsverhältnisses für ihn nicht gänzlich unerwartet und überraschend erfolgt sei und ihn in Folge dessen nicht mit voller Härte getroffen habe. Sodann sei die bisherige Dauer des Arbeitsverhältnisses als kurz zu qualifi-

zieren und habe das Verhalten des Klägers während dieser kurzen Dauer bereits Anlass zu Beanstandungen gegeben. Zu Gunsten des Klägers sei seine bescheidene finanzielle Situation sowie die Umstände der von der Beklagten begangenen Persönlichkeitsverletzung zu berücksichtigen. Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände sei die Höhe der Entschädigung auf einen Bruttomonatslohn festzusetzen (Urk. 16 S. 15 f.).

Die geforderten Korrekturen am Arbeitszeugnis des Klägers lehnte die Vorinstanz – mit Ausnahme der Anpassung des Enddatums der Anstellungsdauer auf den 30. November 2010 und der Streichung eines damit zusammenhängenden Satzes – ab (vgl. Urk. 16 S. 18 f.).

3.3. Die Beklagte rügt in ihrer Berufung im Wesentlichen, das Bezirksgericht Uster habe zu Unrecht das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne von Art. 337 OR verneint. So treffe zu, dass die fragliche E-Mail als Einzelereignis zur fristlosen Entlassung geführt habe. Sie müsse aber auch im Verhältnis der gesamten und problematischen Anstellung des Klägers gesehen werden und stelle nur den Abschluss einer langen Serie verschiedener Verstösse des Klägers dar. So habe diese E-Mail das sprichwörtlich schon volle Fass zum Überlaufen gebracht (Urk. 15 S. 11).

Die Vorinstanz übersehe, dass nicht die Länge einer Nachricht entscheidend sei, sondern deren Inhalt und die mögliche Wirkung. Die E-Mail sei kurz und knapp gewesen und habe auf den Punkt gebracht, was der Kläger angestrebt habe, nämlich dass ein Kollege die G._____ dazu veranlassen solle, den Vertrag mit der Beklagten nicht zu unterzeichnen. Auch habe er – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – seine Ablehnung begründet mit dem Hinweis, dass "http://www.H._____ .ch/ ... die wahren backup-exec profis" seien. Ausserdem scheine eine lange Begründung ohnehin nicht notwendig, zumal die Nachricht von einem "Insider" im Unternehmen der Beklagten komme und man zudem unter Kollegen auf Empfehlungen vertraue, ohne dazu grosse Begründungen zu benötigen. Dass die fragliche E-Mail lediglich an eine einzige Person geschickt worden sei, sei völlig unerheblich. Der Versender einer E-Mail verliere nach deren Versand die Kontrolle darüber, an wen diese weitergeleitet werde. Es sei also sehr

wohl möglich, dass die fragliche E-Mail innerhalb der G._____ weiter zirkuliert habe. Zudem handle es sich um einen "Schriftbeweis", dem ein ganz anderer Wert zuzuordnen sei, als etwa einer Äusserung während eines Gesprächs (Urk. 15 S. 12 f.).

Entgegen der Annahme der Vorinstanz handle es sich gerade nicht um einen einmaligen Vorgang, sondern um den Abschluss einer ganzen Reihe von Fehlverhalten. Es gehe vorliegend nicht nur um die Loyalität des Klägers, sondern vielmehr um pflichtgemässes Verhalten (Urk. 15 S. 13).

Die Annahme der Vorinstanz, der Kollege habe der E-Mail des Klägers keine grosse Bedeutung zugemessen, sei rein spekulativ. Dass der Kläger als Service-desk Mitarbeiter selbst keine Verträge habe abschliessen können, tue nichts zur Sache. Vielmehr sei entscheidend, dass der Kläger aufgrund seiner Stellung in täglichem Kundenkontakt gewesen sei und somit sehr wohl eine "beeinflussende" Stellung innerhalb der Beklagten innegehabt habe, sei er doch eine "Visitenkarte" des Unternehmens gegen aussen. In einer solchen Position seien an die Loyalität der Mitarbeiter erhöhte Anforderungen zu stellen (Urk. 15 S. 13 f.).

Wieso die Vorinstanz davon ausgehe, die Beklagte habe keine Massnahmen zur "Rettung" des Vertrages unternommen, bleibe schleierhaft, treffe doch genau das Gegenteil zu. Eben gerade aufgrund der durch die Beklagte eingeleiteten Massnahmen sei es dann doch noch gelungen, den Vertrag abzuschliessen (Urk. 15 S. 14).

Insgesamt zeige sich, dass die Argumentation der Vorinstanz nicht der Faktenlage entspreche, teilweise sehr weit hergeholt und wenig überzeugend sei. Vielmehr habe der Kläger eine ganz klare Pflichtverletzung in einem Kernbereich seiner Aufgaben begangen und diese Pflichtverletzung wiege schwer. Unter diesen Voraussetzungen einfach eine weitere Abmahnung zu fordern, sei realitätsfremd. Der Beklagten habe nicht zugemutet werden können, ein seit jeher problembeladenes Arbeitsverhältnis nach der E-Mail Eskapade weiter aufrecht zu erhalten und damit (erneut) eine Pflichtverletzung des Klägers durchgehen zu lassen. Wenn ein Mitarbeiter sich erdreiste, einem Kunden von der Annahme einer Offer-

te abzuraten und diesen zudem noch an die Konkurrenz verweise, könne sehr wohl davon ausgegangen werden, dass das Vertrauensverhältnis zu diesem Mitarbeiter mit täglichem Kundenkontakt nachhaltig und tiefgreifend gestört sei. Mit dieser E-Mail habe der Kläger exemplarisch seine Grundhaltung, seine Loyalität und seine Arbeitseinstellung aufgezeigt (Urk. 15 S. 15).

Durch das Urteil völlig unbeachtet geblieben sei der Umstand, dass die erfolgte fristlose Kündigung in direkter Abfolge der nur Tage zuvor (Mitte August 2010) erfolgten Verwarnung zufolge unzuverlässiger Erfassung von Kundenanfragen im Ticketsystem erfolgt sei. Am 24. August 2010 sei es erneut zu einer solchen Kundenreklamation gekommen und der Arbeitgeber habe feststellen müssen, dass die fragliche Kundenanfrage erneut nicht vollständig im Ticketsystem abgelegt gewesen sei. Der Kläger habe also erneut genau dieselbe Verfehlung begangen, die bereits wenige Tage zuvor abgemahnt worden sei (Urk. 15 S. 16).

Der Kläger habe nicht eine mittlere Verfehlung begangen, sondern in grober Art und Weise gegen die ihm obliegenden Pflichten verstossen. Selbst wenn von einer mittleren Verletzung ausgegangen würde, sei zu beachten, dass der Kläger nur Tage zuvor wegen einer genau gleichen Verfehlung (nicht erfolgte Erfassung und Nachführung eines Kundentickets) bereits abgemahnt worden sei (Urk. 15 S. 16).

Darüber hinaus versuche das Urteil darzulegen, dass es sich bei der in Frage stehenden Pflichtverletzung um ein einmaliges Ereignis gehandelt habe. Das sei klar nicht der Fall, seien doch schon zuvor mehrere Abmahnungen erfolgt und sei auch die Leistung des Klägers klar ungenügend gewesen. Der Beklagten sei es unter diesen Gegebenheiten nicht mehr zuzumuten gewesen, den Kläger weiter zu beschäftigen (Urk. 15 S. 16).

Hinsichtlich der Einsichtnahme in die E-Mail des Klägers führt die Beklagte aus, es seien zwingend die E-Mails zu konsultieren gewesen, um den Status der Ticketbearbeitung herauszufinden, da im Ticketsystem aufgrund der Nachlässigkeit des Klägers nichts habe gefunden werden können. Die fragliche E-Mail habe in Tat und Wahrheit eben gerade keinen privaten Charakter gehabt, sondern sei als

ausschliesslich geschäftlich zu bezeichnen. Die Anweisung zur Ablehnung eines Vertrages mit der Beklagten und die Empfehlung eines Konkurrenzunternehmens sei klar als geschäftlich zu bezeichnen, was die Einsichtnahme von vornherein rechtfertige. Ausserdem verkenne die Vorinstanz die Funktionsweise des Ticket-systems. Dieses halte den Status einer Ticketbearbeitung fest und sei darauf angewiesen, dass der Benutzer den Status nachfrage. Da die Kommunikation zwischen der Beklagten und den Kunden per E-Mail und Telefon erfolge, sei ein aktives Handeln des Bearbeitenden erforderlich, die Informationen aus dem Telefongespräch oder der E-Mail in Ticketsystem zu übertragen. Gerade dies sei durch den Kläger nicht geschehen. Der Vorgesetzte des Klägers habe also alleine aus dem Ticketsystem nicht herauslesen können, wie der Status des Tickets gewesen sei und ob die Reklamation des Kunden berechtigt oder nicht erfolgt sei. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz könne man mit der Beantwortung einer Kundenreklamation nicht einfach zuwarten, bis der betroffene Mitarbeiter wieder auftauche, sondern diese sei so rasch wie möglich zu bearbeiten. Zudem müsse sich der Kläger entgegenhalten lassen, dass schon früher mehrmals eine Einsichtnahme in seine E-Mails notwendig gewesen sei, weil er Einträge im Ticketsystem nicht gemacht habe. Er habe also gewusst und damit rechnen müssen, dass sein Vorgesetzter gegebenenfalls seine E-Mails absuchen müsse (Urk. 15 S. 17 f.).

3.4. Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung korrekt dargelegt (Urk. 16 S. 5 f.). Mit der Vorinstanz ist vorliegend zu betonen, dass minder schwere Verfehlungen nur dann eine fristlose Kündigung ausreichend begründen, wenn sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sind. Auch wenn nach der Verwarnung in der Regel ein weniger schwerwiegender Verstoss, der auch nicht gleicher Art wie der Vorangegangene sein muss, genügt, rechtfertigt doch nicht jede Kleinigkeit eine fristlose Entlassung (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, N 13 zu Art. 337). 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. Eine Verwarnung im technischen Sinn liegt vor, wenn für den Fall einer erneuten Vertragsverletzung in verständlicher Form die fristlose Entlassung angedroht wird (Streiff/von Kaenel, a.a.O.).

3.4.1. Soweit die Beklagte in tatsächlicher Hinsicht neue Ausführungen zu Arbeitsleistung und Arbeitsverhalten des Klägers macht und darlegt, schon früher habe sein Vorgesetzter Einsicht in sein E-Mailaccount genommen, was dem Kläger bekannt gewesen sei (Urk. 15 S. 3 ff.), sind diese Vorbringen als unzulässige Noven (vgl. Ziff. 2.3 hiervor) nicht weiter zu beachten. Insbesondere ist weiterhin davon auszugehen, dass der Kläger – wie er vor Vorinstanz unwidersprochen selbst ausführen liess – während seiner Anstellung (bloss) zweimal mündlich verwarnt werden musste. Einmal im Jahr 2009 wegen unzuverlässiger Ticketbearbeitung und einmal, kurz vor der fristlosen Entlassung, mit Bezug auf den Zeitpunkt des Arbeitsbeginns am Morgen, indem er neu vor 8.00 Uhr zu einem Abgleich mit einer Mitarbeiterin habe erscheinen müssen (Urk. 8 S. 2 f.). Dass der Kläger demgegenüber im August 2010, kurz vor der fristlosen Entlassung, wegen unzuverlässiger Bearbeitung von Tickets verwarnt worden wäre, wie die Beklagte – allerdings im Widerspruch zu ihren eigenen Vorbringen an anderer Stelle der Berufungsschrift – neu vorbringt (Urk. 15 S. 4 und S. 16), ist als neue Behauptung, deren novenrechtliche Zulässigkeit weder dargetan noch aus den Akten ersichtlich ist, nicht zu hören.

Ob mit den beiden mündlich erfolgten Verwarnungen für den Fall weiterer Verfehlungen die fristlose Kündigung angedroht wurde, oder ob es sich vielmehr im technischen Sinn um einfache Disziplinarverweise oder gar nur Arbeitsanweisungen handelte, ist den Akten nicht zu entnehmen, kann vorliegend aber auch offen bleiben.

3.5. Zu Recht hat die Vorinstanz die E-Mail des Klägers vom 23. August 2010 als ungehörig und ungebührlich und damit als Verletzung der Treuepflicht qualifiziert (Urk. 16 S. 7). Ebenso ist ihr darin zuzustimmen, dass einmalige Verfehlungen solcher Art gemeinhin nicht die Schwere eines wichtigen Grundes im Sinne von Art. 337 OR erreichen. In der nachfolgenden Prüfung des konkreten Einzelfalles

kam die Vorinstanz zum Schluss, dass aufgrund des Inhalts der besagten E-Mail und der Vorgehensweise des Versands keine die übliche Qualifikation sprengende Schwere der Pflichtverletzung vorliege.

Dem vermag die Beklagte in ihrer Berufungsschrift nichts entgegen zu halten. Die E-Mail war kurz und knapp und verwies zur Begründung einzig auf die Homepage eines Konkurrenzunternehmens. Darin kann keine, den Treuebruch zusätzlich erhöhende Pflichtverletzung gesehen werden. Adressiert war sie an einen Schulkollegen des Klägers, mithin an einen geschlossenen Adressatenkreis. Dass hierbei die Möglichkeit der Weitergabe bestand, ist unbestreitbar und liegt in der Natur einer schriftlichen Äusserung, sei sie nun digital oder althergebracht auf Papier erfolgt. Dass die E-Mail aber tatsächlich weiter geleitet wurde, ist weder behauptet noch bewiesen. Insgesamt wirkt sich diese Begebenheit jedenfalls nicht zusätzlich zu Lasten des Klägers aus (wovon auch die Beklagte auszugehen scheint, Urk. 15 S. 13). Darüber zu spekulieren, welche Bedeutung der Adressat der E-Mail zugemessen hat, ist müssig und vermag den Grad der Schwere der Treuepflichtverletzung jedenfalls nicht massgebend zu beeinflussen. Dass die Vorinstanz davon ausging, die Beklagte habe die Verfehlung nicht als schwerwiegend empfunden, da sie keine Massnahmen zur Rettung des Vertragsabschlusses unternommen habe, hat sich die Beklagte selbst zuzuschreiben, liess sie entsprechende Vorbringen des Klägers vor Vorinstanz doch unkommentiert.

Aus der Stellung des Klägers bei der Beklagten eine erhöhte Loyalitätspflicht abzuleiten, geht nicht an. Der Kläger war Servicedesk Mitarbeiter und damit jedenfalls nicht in einer solch ausgeprägten Vertrauensposition, wie sie insbesondere Kaderleuten zugeschrieben wird und das Vorliegen eines wichtigen Grundes entsprechend eher annehmen lässt (vgl. Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, OR Art. 319-343, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien, 1996, Ziff. 8 zu Art. 337, S. 367). Hinzu kommt, dass er die Treuepflichtverletzung nicht in seiner Funktion als Servicedesk-Mitarbeiter gegenüber einem Kunden ohne persönlichen Bezug beging. Damit ist auch dieses Argument nicht geeignet, eine überdurchschnittliche Schwere dieser Verfehlung im Sinne eines wichtigen Grundes zu belegen.

Zu Gunsten des Klägers hat die Vorinstanz sodann gewürdigt, dass die Pflichtverletzung des Klägers der Beklagten erst aufgrund ihrer unzulässigen, die Persönlichkeit des Klägers ihrerseits verletzenden Handlung bekannt wurde. Die Beklagte bestreitet, dass ihr Einblick in das E-Mailaccount des Klägers dessen Persönlichkeit verletzte. In ihrem Mitarbeiterreglement hält sie folgendes fest (Urk. 9/4):

"6.5 Personen bezogene Auswertungen von Protokollierungen

Sobald die anonyme Überprüfung oder andere Vorkommnisse Hinweise auf einen Missbrauch der elektronischen Kommunikationsmittel ergeben, kann eine personenbezogene Auswertung von Protokollierungen durch die Geschäftsleitung vorgenommen werden.

Falls ein Missbrauch zugleich zu einer technischen Störung des EDV-Systems geführt hat, kann zu deren Behebung ohne schriftliche Information eine personenbezogene Auswertung vorgenommen werden.

6.6 Zuständigkeit für die Anordnung von und den Zugriff auf Auswertungen

- Auswertungen kann die Geschäftsleitung anordnen.
- Bei personenbezogenen Auswertungen wird die betroffene Person vorab informiert.

6.7 Richtlinien zur Computerbenutzung

- Der PC/Notebook ist Eigentum der A._____ AG. Der sorgfältige Umgang mit dem anvertrauten Material ist selbstverständlich. Allfällige Schäden sind sofort zu melden.
- Jede Anwenderin und jeder Anwender loggt sich korrekt ein und ist somit für ihren/seinen Account verantwortlich. Es dürfen keine fremden Dateien gelöscht oder verändert werden.
- Passwörter sollen vertraulich behandelt und nicht weitergegeben werden.

6.8 Sanktionierung

Wer sich nicht an die Richtlinien zur Computerbenutzung hält oder bei konkretem begründetem Verdacht auf eine strafbare Handlung, wird zur Rechenschaft gezogen."

Damit stimmt das Mitarbeiterreglement mit den im Leitfaden über Internet- und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) statuierten Grundregeln überein (vgl. auch Giordano Costa, Internet- und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz, in: Jusletter 9. Januar 2012). Vorliegend macht die Beklagte jedoch nicht geltend, sie sei aufgrund eines Missbrauchsverdachts und nach vorgängiger Information des Klägers

zur Auswertung von dessen E-Mails berechtigt gewesen. Vielmehr beruft sie sich darauf, in seiner Abwesenheit sei aus geschäftlichen Gründen die Einsichtnahme nötig gewesen. Dies verfängt – wie schon die Vorinstanz zu Recht erwogen hat – von vornherein nicht. Offenbar wurde bei der Beklagten vorgängig für den Fall beruflicher Abwesenheiten kein Stellvertreter definiert (zumindest wird dies nicht geltend gemacht), was die Einsichtnahme in berufliche E-Mails rechtfertigen würde. Andererseits macht die Beklagte selbst geltend, sie habe aufgrund der Reklamation eines Kunden – der ihr somit notwendigerweise namentlich bekannt sein musste – in die E-Mails des Klägers Einsicht nehmen müssen, um feststellen zu können, ob der Kläger diesbezüglich bereits etwas unternommen habe. Bei dieser Sachlage wäre es – bei hinreichender Grundlage der Einsichtnahme durch einen Stellvertreter in einem Betriebsreglement – einzig notwendig gewesen, das E-Mailaccount nach E-Mails ebendieses bzw. an diesen Kunden abzusuchen. Dass dies auf die vorliegend interessierende E-Mail an F. _____ mit dem Betreff "F1. _____" nicht zutreffen würde, war damit offensichtlich. Damit ist davon auszugehen, dass die Beklagte in unzulässiger Weise sämtliche E-Mails des Klägers in dessen Inbox auswerten liess, wodurch sie in persönlichkeitsverletzender Weise auf die E-Mail vom 23. August 2010 an F. _____ stiess, welche von ihr in der Folge zur Begründung der fristlosen Kündigung herangezogen wurde. Solche Verstösse sind jedenfalls geeignet, das Verschulden des Arbeitnehmers zu relativieren bzw. die Höhe einer allfälligen Entschädigung in Sinne von Art. 336a/337c Abs. 3 OR zu beeinflussen. Kommt hinzu, dass auch die erlaubte Einsicht während Abwesenheiten bloss die beruflichen E-Mails betrifft, während die Einsichtnahme in klar als privat gekennzeichnete, aber auch in diesbezüglich zweifelhaft adressierte E-Mails nicht erlaubt ist (vgl. "Die E-Mail-Verwaltung während Abwesenheiten und beim Verlassen der Firma, Juli 2003" des EDÖB sowie <http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00612/00614/00620/index.html?lang=de>). Dabei ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der konkrete Betreff "F1. _____" keinen anderen Schluss zulies, als dass es sich um eine private E-Mail des Klägers handelte, wobei für die Qualifikation einzig die Adressierung ausschlaggebend ist, unbenommen vom Inhalt und der Tatsache, dass es sich

um einen Firmencomputer am Arbeitsort des Klägers etc. (vgl. die Auflistung der Beklagten in Urk. 15 S. 18) handelte.

Zusammenfassend ist – mit der Vorinstanz – festzuhalten, dass der Kläger, indem er seinem Kollegen F._____ die streitgegenständliche E-Mail geschickt und darin vom Abschluss des Backup-exec-Vertrags abgeraten hat, eine mittelschwere Verfehlung begangen hat, welche für sich alleine genommen nicht ausreicht, eine fristlose Kündigung zu begründen.

3.6. Eine mittelschwere Verfehlung kann hingegen im Kontext mit früherem Fehlverhalten einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR darstellen. Hierzu ist vorab darauf hinzuweisen, dass die Beklagte in ihrer schriftlichen Kündigung vom 25. August 2010 erklärte, "Aktuelle ... Ereignisse" hätten das Vertrauensverhältnis in grundlegender Weise zerstört (Urk. 4/4). In ihrem Schreiben vom 14. September 2010 führte sie dazu präzisierend aus: "... Ihr Mandant hat einem potentiellen Kunden, dem andere Mitarbeiter der A._____ AG vorgängig eine Offerte zugestellt hatten, per Mail aktiv und explizit abgeraten die A._____ -Offerte zu unterschreiben und diesem Kunden im gleichen Mail einen Mitbewerber empfohlen. Viel dreister kann sich ein Mitarbeiter wohl kaum verhalten. Die A._____ AG beschäftigt keine Mitarbeiter, welche die eigene[n] Produkte oder Dienstleistungen schlecht machen und Mitbewerber empfehlen. ..." (Urk. 11/8). Anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung erklärte sie dazu – allerdings unter zusätzlichem Hinweis auf ungenügende Leistungen des Klägers und damit im Widerspruch zu den eigenen Ausführungen im vorausgegangenen Plädoyer, Urk. 10 S. 7 –, "Die fristlose Entlassung wurde einzig und allein durch diese E-Mail ... begründet" (Prot. I S. 10). In der Berufungsschrift rückt die Beklagte nun unvermittelt die der E-Mail gemäss ihrer Darstellung vorangegangenen Ereignisse in den Vordergrund. So führte sie unter anderem aus, es treffe zu, dass die fragliche E-Mail als Einzelereignis zur fristlosen Entlassung geführt habe. Die E-Mail müsse aber auch im Verhältnis der gesamten und problematischen Anstellung des Klägers gesehen werden (Urk. 15 S. 11). Nun wird das Nachschieben von Kündigungsgründen im Prozess, welche in der Begründung der Kündigung (noch) nicht genannt wurden, heute zwar grundsätzlich –sofern rechtzeitig in den Prozess einge-

bracht (was vorliegend zu grossen Teilen nicht zutrifft, vgl. Ziff. 3.4.1 vorstehend) – als zulässig angesehen (vgl. dazu Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 17 zu Art. 335). Jedoch gilt auch in diesem Fall das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (Art. 2 ZGB; Art. 52 ZPO). Soweit die Beklagte somit vor Vorinstanz noch klar den Standpunkt vertreten hat, dass die übrigen Verfehlungen des Klägers und insbesondere seine mangelhafte Arbeitsleistung nicht, auch nicht im Sinne einer Gesamtbetrachtung, Grund für die fristlose Kündigung gewesen seien (vgl. Urk. 10 S. 7), hat sie sich heute darauf behaften zu lassen, zumal eine mangelhafte Arbeitsleistung – wie gesehen – ohnehin nicht geeignet ist, Grund für eine fristlose Kündigung zu bieten.

Doch selbst wenn man die E-Mail des Klägers vom 23. August 2010 in Zusammenhang mit den beiden erstellten, vorangegangenen Verwarnungen betrachtet, kann die Beklagte daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Wie gesehen, genügt nach erfolgter Verwarnung ein weniger schwer wiegender Verstoss zur gerechtfertigten fristlosen Kündigung. Es muss sich dabei auch nicht um einen Verstoss gleicher Art handeln, allerdings fallen ähnliche Verstösse nach einer Verwarnung unter dem Aspekt von Treu und Glauben schwerwiegender ins Gewicht (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 13 zu Art. 337). Vorliegend wurde der Beklagte im Sommer 2009, mithin rund ein Jahr vor den heute interessierenden Ereignissen, wegen unsorgfältiger Ticketerstellung gerügt. Sodann wurde er Mitte August 2010 angewiesen, inskünftig vor 8.00 Uhr zur Arbeit zu erscheinen und sich mit seiner Arbeitskollegin I. _____ abzugleichen. Dass der Kläger auch am 24. August 2010 ein Ticket ungenügend nachgeführt hatte, ja dass es überhaupt an jenem Nachmittag zu einer Kundenreklamation gekommen und der Kläger nicht auffindbar gewesen war bzw. bereits den Arbeitsplatz verlassen hätte, ist bestritten und nicht erwiesen, kann vorliegend aber auch offen bleiben, da mit Bezug auf die allenfalls erneut fehlerhafte Ticketnachführung nach über einem Jahr ohne Grund zur Rüge auch eine gleichartige Verfehlung eine fristlose Kündigung nicht zu begründen vermöchte.

Somit ist von drei Verfehlungen innerhalb rund eines Jahres und damit über einen eher langen Zeitraum auszugehen. Dabei ist die unsorgfältige Ticketbearbeitung

im Jahr 2009 wohl als leichte Verfehlung, die Verwarnung/Abmahnung von Mitte August 2010 aber aufgrund der unbestrittenen Ausführungen des Klägers als eigentliche Bagatelle zu qualifizieren, die überdies in keinerlei Zusammenhang stand bzw. von gänzlich anderer Art als die pflichtverletzende E-Mail vom 23. August 2010 war. Hinzu kommt nun, nachdem sich der Kläger während über einem Jahr offenbar – abgesehen von der Qualität seiner Leistung – tadellos verhalten hat, die mittelschwere Verfehlung gemäss den vorstehenden Erwägungen. Angesichts dieser Sachlage ist vorliegend trotz der vorgängig erfolgten Verwarnungen, die erforderliche Schwere für die Annahme eines wichtigen Grundes im Sinne von Art. 337 OR nicht erreicht, weshalb die fristlose Entlassung des Klägers durch die Beklagte am 25. August 2010 ungerechtfertigt war.

3.7. Als gesetzliche Folge der ungerechtfertigten Entlassung, und da der Kläger erst per 1. Dezember 2010 eine neue Arbeitsstelle gefunden hat, schuldet die Beklagte dem Kläger Schadenersatz für die Zeit ab seiner Entlassung bis Ende November 2010, dem Ablauf der vertraglich vereinbarten dreimonatigen Kündigungsfrist (Urk. 4/4/2). Da der Kläger den Lohn bis Ende August 2010 unbestrittenmassen bereits erhalten hat (vgl. Ziff. 3.10 nachfolgend), ist die Beklagte zu verpflichten, ihm insgesamt brutto Fr. 13'500.– (3 x Fr. 4'500.–) Schadenersatz für dessen Verdienstaussfall zu bezahlen. Soweit die Beklagte nachweist, dass sie die Sozialabgaben für diesen Betrag geleistet hat, ist sie berechtigt, diese vom Bruttobetrag in Abzug zu bringen.

3.8. Weiter steht dem Kläger in Anwendung von Art. 337c Abs. 3 OR eine Entschädigung zu (vgl. hierzu die vorinstanzlichen Ausführungen in Urk. 16 S. 14 f.). Hinsichtlich der Höhe dieser Entschädigung hat sich im Berufungsverfahren keine der Parteien mit den zutreffenden Erwägungen des erstinstanzlichen Urteils (Urk. 16 S. 14 ff.) auseinandergesetzt, geschweige denn konkrete Mängel gerügt. Bei dieser Sachlage kann vollumfänglich auf den nachvollziehbar und überzeugend begründeten (Ermessens-)Entscheid der Vorderrichter verwiesen werden. Entsprechend ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger zusätzlich im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR eine Strafzahlung in Höhe eines Bruttomonatslohns, mithin Fr. 4'500.–, zu bezahlen.

3.9. Was die von der Vorinstanz geforderten Änderungen am Arbeitszeugnis angeht, hat die Beklagte in ihrer Berufungsschrift selbst eingeräumt, diese gingen konsequenterweise mit der Einschätzung der fristlosen Kündigung als ungerechtfertigt einher (Urk. 15 S. 8 und 20). Da diese Einschätzung vollumfänglich zu bestätigen ist, hat es auch mit Bezug auf das Arbeitszeugnis bei den Anordnungen der Vorinstanz (End- und Ausstelldatum neu: 30. November 2010 statt 25. August 2010; Streichung eines Satzes; vgl. Urk. 16 S. 18 f.) sein Bewenden.

3.10. Schliesslich ist bei der vorliegenden Sachlage und in Bestätigung des angefochtenen Urteils die Widerklage, mittels welcher die Beklagte die Rückzahlung des dem Kläger bereits ausbezahlten Lohnes für die Zeit vom 26. bis 31. August 2010 fordert, abzuweisen, schuldete sie dem Kläger diesen Betrag infolge der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung doch als Schadenersatz im Sinne von Art. 337c Abs. 1 OR.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Wie das erstinstanzliche, ist auch das Berufungsverfahren kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO).

4.2. Die Entschädigungsfolgen sind ausgangsgemäss zu regeln (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Dementsprechend ist die Beklagte unter Verweis auf die vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 16 S. 20) für das erstinstanzliche Verfahren zur Leistung einer auf einen Drittel reduzierten Prozessentschädigung von Fr. 1'260.–, und für das Berufungsverfahren aufgrund ihres vollständigen Unterliegens zu einer vollen Prozessentschädigung von Fr. 1'500.– (§ 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV), insgesamt mithin zur Zahlung von Fr. 2'760.– an den Kläger zu verpflichten. Mangels eines entsprechenden Antrags ist die Entschädigung ohne Mehrwertsteuerzusatz zuzusprechen (vgl. das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Zürcher Obergerichts vom 17. Mai 2006).

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 24. März 2011 am 4. Juli 2011 in Rechtskraft erwachsen ist, soweit die Klage abgewiesen wurde (Dispositivziffer 4).
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Vorinstanz mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. a) Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 13'500.– brutto (Lohnersatz für die Monate September bis November 2010) zu bezahlen. Der Bruttobetrag reduziert sich um die Sozialabzüge, sofern die Beklagte nachweist, dass sie diese an die zuständigen Stellen abgeführt hat.
- b) Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 4'500.– (Strafzahlung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR) zu bezahlen.
- c) Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger auf erstes Verlangen ein Arbeitszeugnis mit folgendem Wortlaut aus- und zuzustellen:

"Zeugnis

Herr B._____, geboren am tt.mm.1988, war vom 01. Oktober 2008 bis am 30. November 2010 bei der Firma A.____ AG als Help Desk Mitarbeiter tätig.

Die A.____ AG ist im ...-Lizenzhandel in den Bereichen System- und Servicemanagement tätig. Insbesondere befasst sich das Unternehmen mit der umfassenden Beratung und Implementation der Produkte von C.____ respektive D.____ bis zur Übergabe an den Kunden.

Folgende Aufgaben waren im Verantwortungsbereich von Herrn B._____:

- *First Level Support für unsere Kunden im Bereich der Produkte von C._____*
- *First Level Support für unsere Kunden für das Produkt D._____*
- *Eskalation von Kundenproblemen an den Hersteller*
- *Tracking der offenen Störungen und sicherstellen der Service Levels*
- *Mithilfe bei der Betreuung und dem Betrieb der internen Informatik der A._____ AG*
- *Bereitstellung von neuer Client HW und SW für die Mitarbeiter der A._____ AG*

Wir haben Herrn B._____ als hilfsbereiten Mitarbeiter kennengelernt. Er erledigte seine Arbeit hinsichtlich Qualität sowie Quantität zu unserer Zufriedenheit. Seine Kenntnisse über unsere Produkte konnte er täglich im Gespräch mit den Kunden (intern sowie extern) am Helpdesk anwenden und sie hinsichtlich einer Lösung beraten.

Hervorheben möchten wir seine unkomplizierte Art in der Zusammenarbeit mit den Lieferanten, Kunden und Mitarbeitern. Mit den Leistungen von Herrn B._____ waren wir zufrieden.

Wir danken Herrn B._____ für die Zusammenarbeit und wünschen ihm für den weiteren Werdegang und Lebensweg alles Gute, viel Glück und Erfolg.

E._____, 30. November 2010

[Unterschriften]

Unsere Arbeitszeugnisse sind transparent und uncodiert abgefasst.“

2. Die Widerklage wird abgewiesen.
3. Das Verfahren ist kostenlos.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für beide Verfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 2'760.– zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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. 22'500.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 27. März 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Dr. R. Klopfer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. G. Kenny

versandt am:
mc