

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA110017-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und
lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. B. Demuth

Urteil vom 3. Juli 2012

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Bülach vom
7. März 2011 (FO100237)**

Rechtsbegehren (sinngemäss):

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 13'532.– nebst Zins zu 5 % seit dem 1. September 2010 zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger ein Zeugnis über Leistung und Verhalten auszustellen und auszuhändigen.
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger das Mitarbeiterdossier auszuhändigen.
4. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger die Arbeitszeitrapporte vom Badgesystem auszuhändigen.
5. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger eine Schlussabrechnung der Überstunden und Ferien zu erstellen.

Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 7. März 2011:

1. Die Klage wird hinsichtlich Rechtsbegehren Ziff. 1 abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 200.– zu bezahlen.

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 17 S. 2):

1. Es seien die Dispositivziffern 1 und 3 des Urteils des Bezirksgerichts Bülach vom 7. März 2011 aufzuheben.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 13'532.00 brutto bzw. Fr. 13'050.00 netto zu bezahlen, nebst 5% Zins seit 1. September 2010.
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren eine angemessene Prozessentschädigung zu entrichten.
4. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen.

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 24 S. 2):

Die Berufung sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Sachverhalt und Prozessgeschichte:

1. Zweck der Beklagten ist der "Betrieb von Gastrolokalen in jeglicher Form sowie Erbringung sämtlicher damit zusammenhängenden Dienstleistungen". Der Kläger arbeitete seit dem 9. Juni 2009 als Küchenmitarbeiter bei der Beklagten, zuerst als Officebursche, später im Hausdienst. Der Lohn war auf monatlich brutto Fr. 3'383.– festgesetzt worden (Urk. 4/2). Am 9. Juli 2010 sprach die Beklagte eine Verwarnung aus, da der Kläger unpünktlich zur Arbeit erschienen sei und sich wegen einer Krankheit zur Konsultation zu seinem Arzt begeben habe, der indes am fraglichen Nachmittag geschlossen gehabt habe (Urk. 4/4). Am 30. Juli 2010 kündigte die Beklagte dem Kläger das Arbeitsverhältnis auf den 31. August 2010 (Urk. 4/5). Am 31. Juli 2010 löste die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos auf, da der Kläger, der die Kündigung nicht sogleich unterzeichnete, sondern durch seinen Anwalt habe prüfen lassen wollen, die Arbeit am 31. Juli 2010 trotz Verwarnung wegen einer plötzlichen Krankheit nicht angetreten habe. Die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses erfolgte nur für den Fall, dass der Kläger sich nicht mit dem Vertrauensarzt der Beklagten in Verbindung setze und nicht ein ausführliches Zeugnis seines Arztes nachreiche (Urk. 4/6).

2. Mit Eingabe vom 2. Dezember 2010 erhob der Kläger, vertreten durch die Unia Zürich-Schaffhausen, unter Beilage der Weisung des Friedensrichteramtes C._____ vom 12. November 2010 Klage mit den oben angeführten Rechtsbegehren. Er machte geltend, dass er zu Unrecht fristlos entlassen worden sei (Urk. 18 S. 3 f.). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 1. März 2011 schlossen die Parteien einen Teilvergleich betreffend das Arbeitszeugnis und das herausverlangte Mitarbeiterdossier. Strittig blieb die Forderungsklage, mit welcher der Kläger den Lohn für den Monat August 2010 (Fr. 3'383.– brutto) und eine Pönalentschädigung im Umfang von drei Monatslöhnen (Fr. 10'149.–) einforderte (vgl. Urk. 18 S. 2 f.). Die Vorinstanz wies die entsprechende Klage mit Urteil vom 7. März 2011 ohne Durchführung eines Beweisverfahrens ab (Urk. 18 S. 9, Disp. Ziff. 1).

3. a) Am 4. Mai 2011 erhob der Kläger mit schriftlicher Begründung rechtzeitig Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 7. März 2011

(Urk. 16 und 17), worauf der Beklagten mit Verfügung vom 27. Mai 2011 Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt wurde (Urk. 21). Die rechtzeitig eingereichte Berufungsantwort datiert vom 1. Juli 2011 (Urk. 24). Sie wurde am 1. September 2011 dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 24 S. 1).

b) Am 22. Juni 2012 erfolgte ein dritter Referentenwechsel. Das Verfahren wurde neu Oberrichter Dr. G. Pfister zur Antragsstellung zugeteilt.

Erwägungen:

I.

1. Das angefochtene Urteil datiert vom 7. März 2011 (Urk. 18). Damit ist auf das Berufungsverfahren die seit dem 1. Januar 2011 in Kraft stehende Schweizerische Zivilprozessordnung anzuwenden (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Da der angefochtene Entscheid indes noch unter der Anwendung des kantonalzürcherischen Zivilprozessrechtes (ZPO/ZH) erging, ist der Entscheid bzw. das Verfahren vor erster Instanz nach dem bisherigen kantonalen Prozessrecht zu überprüfen. Aufgrund des erstinstanzlichen Streitwertes von rund Fr. 17'000.– unterstand das Verfahren vor Vorinstanz den Bestimmungen des einfachen und raschen Verfahrens (§ 53 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO/ZH).

2. Gemäss neuer ZPO ist die Berufung innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO) und innert 30 Tagen zu beantworten (Art. 312 Abs. 2 ZPO). Gemäss Art. 316 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz sodann eine Verhandlung durchführen, aufgrund der Akten entscheiden (Art. 316 Abs. 1 ZPO) oder einen zweiten Schriftenwechsel anordnen (Art. 316 Abs. 2 ZPO). Diese Regelung stellt es ins Ermessen der Rechtsmittelinstanz, das für den konkreten Fall Geeignete vorzukehren (Peter Volkart, DIKE-Komm-ZPO, Art. 316 N 1). Die Berufungsinstanz kann damit selbst entscheiden, ob das Berufungsverfahren mündlich oder schriftlich durchgeführt wird. Wenn die Sache spruchreif ist, kann bereits nach der Berufungsschrift und

der Berufungsantwort - d.h. ohne zweiten Schriftenwechsel bzw. ohne mündliche Berufungsverhandlung - entschieden werden. Die Sache ist dann spruchreif und ein Aktenentscheid angezeigt, wenn die Berufungsschrift und die Berufungsantwort hinreichend aufschlussreich sind, so dass sich die Berufungsinstanz bereits nach dem ersten Schriftenwechsel eine abschliessende Meinung bilden kann. Dies wird häufig anzunehmen sein (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, Art. 316 N 34). Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist die Sache spruchreif, so dass bereits nach dem ersten Schriftenwechsel aufgrund der Akten zu entscheiden ist.

3. Beide Parteien führen im Berufungsverfahren neue Behauptungen an. Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachenvorbringen indes nur 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). Art. 317 Abs. 1 ZPO sieht bei Verfahren mit Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen keine Ausnahme vom eingeschränkten Novenrecht vor. 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. Es gilt daher auch im vorliegenden Verfahren das beschränkte Novenrecht gemäss Art. 317 ZPO (ZR 110 Nr. 96 und 111 Nr. 35). Es fehlen bei beiden Parteien Hinweise dazu, dass die neuen Vorbringen nicht schon vor erster Instanz hätten vorgetragen werden können. Sie sind daher nicht weiter zu berücksichtigen und es ist vom Sachverhalt gemäss den erstinstanzlichen Vorbringen auszugehen.

II.

1. Aufgrund der Vorbringen im erstinstanzlichen Verfahren ist folgender Sachverhalt zu prüfen: Die Beklagte hat nach mehreren - bestrittenen - mündlichen Verwarnungen dem Kläger unterm 9. Juli 2010 eine "letzte schriftliche Verwarnung" zukommen lassen. Begründet wurde diese Verwarnung damit, dass sich die Einstellung des Klägers gegenüber dem Kader nicht geändert habe, dass der Kläger unpünktlich zur Arbeit erscheine und dass er Aufträge nur widerwillig

ausführe. Es wurde ihm aufgegeben, bei allfälliger erneuter Erkrankung nebst dem eigenen Arzt - zur Bestätigung der Krankheit - den Vertrauensarzt der Beklagten aufzusuchen (Urk. 10/4). Der Kläger machte geltend, er habe diese Verwarnung nicht verstanden (Prot. I S. 6). Nach Darstellung der Beklagten soll ihm der Begriff "Vertrauensarzt" erläutert worden sein (Prot. I S. 11). Am 30. Juli 2010 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis per 31. August 2010, da keine Verbesserung hinsichtlich "Arbeitseinstellung und Weisung" habe festgestellt werden können. Sodann wurde vermerkt: "Sollten sie weiterhin Weisungen des Vorgesetzten ignorieren oder sich ohne abzumelden von der Arbeit verabschieden wird das Arbeitsverhältnis fristlos aufgelöst" (Urk. 10/5). Mit Schreiben vom 31. Juli 2010 hielt die Beklagte unter dem Titel: "Fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses" fest, dass der Kläger die Kündigung zwar entgegengenommen habe, sich indes noch mit seinem Anwalt habe besprechen wollen. Er sei jedoch am 31. Juli 2010 um 14.00 Uhr nicht zur Arbeit erschienen, sondern habe sich um 14.15 Uhr an der Rezeption gemeldet und mitgeteilt, dass er krank sei. Er wurde unter Hinweis auf die schriftliche Verwarnung aufgefordert, sich mit dem Vertrauensarzt der Beklagten in Verbindung zu setzen und bis Mittwoch, 4. August 2010 ein ausführliches Arztzeugnis einzureichen, ansonst das Arbeitsverhältnis als fristlos aufgelöst gelte. Weiter wurde er ersucht, die ihm übergebenen Schlüssel sowie die kompletten Uniformbestandteile per Montag, 2. August 2010 abzugeben (Urk. 10/6). Dieses Schreiben wurde dem Kläger am 2. August 2010 zugestellt (Prot. I S. 3). Am 4. August 2010 gab der Kläger die Schlüssel ab, obwohl er bereit gewesen wäre, weiter zu arbeiten (Prot. I S. 8). Er reichte kein Arztzeugnis ein (Prot. I S. 10). Nach Darstellung der Beklagten gab der Kläger die Schlüssel bereits am 30. Juli 2010 ab (Prot. I S. 9). Umstritten ist sodann, ob dem Kläger am 31. Juli 2010 bereits telefonisch fristlos gekündigt und gesagt worden sei, er brauche nicht mehr zu erscheinen (Prot. I S. 3), oder ob kein solches Telefongespräch geführt wurde (Prot. I S. 9).

2. a) Nach der Rechtsprechung zu Art. 337 OR 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 tiefgreifend zu er-

schüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (vgl. u.a. BGE 130 III 213 E. 3.1 S. 220 f. und 129 III 380 E. 2.1 S. 382). Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Wenn bereits eine ordentliche Kündigung ausgesprochen worden ist, so sind an eine fristlose Entlassung erhöhte Ansprüche zu stellen. Diejenigen Gründe, die zur Kündigung geführt haben, können nicht zur Begründung der fristlosen Entlassung herangezogen werden (Streiff/von Kanel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 - 362 OR, 6. A. N2 und 15 zu Art. 337 OR mit Hinweis auf BGE 123 III 86).

b) Bei den von der Beklagten geltend gemachten mündlichen Verwarnungen handelte es sich nach Angaben der Beklagten um formlose Gespräche während der Arbeit (Prot. I S. 11). Sie vermögen damit von allem Anfang an nicht als eigentliche Abmahnungen zu dienen. Eine Abmahnung kann ihren Warnzweck nur dann erfüllen, wenn sie als solche klar erkennbar ist. Der Arbeitgeber muss deutlich zum Ausdruck bringen, dass er die gerügten Vorkommnisse nicht für belanglos hält und dass er nicht gewillt ist, diese weiterhin zu dulden. Hiezu genügt ein formloses Gespräch während der Arbeit nicht. Sodann erscheint fraglich, ob die am 9. Juli 2010 ausgesprochene Verwarnung zu Recht erfolgt ist. Der Kläger hat der Beklagten nach seiner Darstellung am 14. Juli 2010 ein Arztzeugnis eingereicht, aus welchem hervorgeht, dass er vom 8. Juli 2010 bis zum 13. Juli 2010 krank war (Prot. I S. 5). Er reichte dieses Zeugnis im Berufungsverfahren zu den Akten. Die Beklagte äusserte sich hiezu nicht weiter (vgl. Prot. I S. 9 und Urk. 24 S. 4 f.). Schliesslich muss auch offen gelassen werden, ob der fremdsprachige Kläger die Bedeutung der Auflage, dass er inskünftig bei Krankheit den - in der Verwarnung nicht näher bezeichneten - Vertrauensarzt der Beklagten aufsuchen müsse, überhaupt verstanden hat. Während der Kläger hiezu geltend machte, er habe die Verwarnung nicht verstanden (Prot. I S. 6), ist ihm nach der Beklagten der Begriff "Vertrauensarzt" durch Frau D._____ erläutert worden. Dabei blieb al-

lerdings unklar, ob diese Erläuterung im Zusammenhang mit der Verwarnung oder der fristlosen Entlassung erging, war Frau D. _____ doch bei der Übergabe der Verwarnung nicht dabei (Prot. I S. 11). Wie aus den folgenden Erwägungen hervorgeht, braucht dies indes nicht geklärt werden. Wesentlich ist, dass das dem Kläger bis Ende Juli 2010 vorgeworfene Verhalten zu einer ordentlichen Kündigung geführt hat und daher nicht mehr zur Begründung einer fristlosen Entlassung herangezogen werden kann. Wäre die Verwarnung dem Kläger nicht übersetzt und erläutert worden, so müsste allerdings auf jeden Fall vom Fehlen einer wirksamen Verwarnung ausgegangen werden, was die Berechtigung der fristlosen Entlassung von allem Anfang an in Frage stellen würde. Das Nichtaufsuchen des Vertrauensarztes könnte alsdann keinesfalls als derart schwerwiegend erachtet werden, dass objektiv auf eine derartige Zerstörung oder Erschütterung der Vertrauensgrundlage geschlossen werden könnte, die dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr als zumutbar erscheinen liesse.

c) Auf den Arbeitsvertrag des Klägers sind ergänzend die Bestimmungen des L-GAV anwendbar (Urk. 4/2). Gemäss Art. 26 Abs. 3 L-GAV ist der Arbeitnehmer verpflichtet, bei einer Arbeitsverhinderung ab dem 4. Tag ein ärztliches Zeugnis vorzulegen. Das Zeugnis ist dem Arbeitgeber so rasch wie möglich nach Ausstellung zuzustellen. Angesichts dieser für den Kläger in erster Linie massgeblichen Bestimmung kann der Verstoss gegen eine Weisung der Beklagten, wonach ein Zeugnis vom Vertrauensarzt beizubringen sei, nicht als derart schwerwiegend gewichtet werden, dass der Beklagten die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden konnte. Dabei fällt erheblich ins Gewicht, dass das Vertrauen ohnehin schon gestört war, hatte die Beklagte ja auch auf Grund des Verhaltens des Klägers auf Ende August 2010 bereits eine ordentliche Kündigung ausgesprochen. Das Arbeitsverhältnis hätte nurmehr einen Monat gedauert. Zu berücksichtigen ist weiter, dass mit der Verwarnung vom 9. Juli 2010 nicht festgehalten wurde, welchen Vertrauensarzt der Kläger in Abweichung vom L-GAV sogleich aufzusuchen habe. Nur die Missachtung einer klaren Weisung kann jedoch zu einer gerechtfertigten fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses führen (StaeHELIN, Zürcher Kommentar, N 20 zu Art. 337 OR). Der Kläger wurde im Übrigen - soweit ersichtlich - auch nicht darauf hingewiesen, dass die

Kosten des Vertrauensarztes von der Beklagten zu übernehmen sind, wie dies Art. 26 Abs. 3 L-GAV vorsieht. Schliesslich stellt sich auch die Frage, ob eine bedingte fristlose Entlassung überhaupt zulässig ist. Während Streiff/von Kaenel darauf hinweisen, dass eine fristlose Kündigung nicht bedingt ausgesprochen werden könne, ausser wenn die Bedingung allein vom Willen des Arbeitnehmers abhängt (Streiff/von Kaenel. a.a.O., N 18 zu Art. 337 OR, vgl. auch Staehelin, a.a.O., N 33 zu Art. 337 OR), ist dies gemäss dem vom Schweizerischen Gewerbeverband herausgegebenen Kommentar zum Arbeitsrecht (Der Einzelvertrag im Obligationenrecht, N 12 zu Art. 337 OR) unstatthaft. Zudem könnte die Androhung der Beklagten, wonach die Auflösung des Arbeitsverhältnisses fristlos erfolge, sofern nicht bis zum 4. August 2010 ein Arztzeugnis des Vertrauensarztes eingereicht werde, durchaus auch als blosser Abmahnung verstanden werden. Die Erklärung des Arbeitgebers, wonach bei einer nächsten Verfehlung das Arbeitsverhältnis als fristlos aufgelöst gelte, stellt nämlich nur eine Abmahnung dar, welche den Arbeitgeber nicht entbinde, alsdann die fristlose Entlassung vorbehaltlos auszusprechen (Staehelin, a.a.O., N 33 zu Art. 337 OR). Auch dies braucht indes nicht abschliessend geklärt zu werden. Das Aussprechen einer fristlosen Entlassung muss nämlich unmissverständlich und eindeutig erfolgen. Diesen Anforderungen genügt die Erklärung vom 31. Juli 2010 nicht. Einerseits wurde ein Schreiben mit dem klaren Titel: "Fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses" zugestellt, andererseits wurde verlangt, dass der Kläger den nunmehr bezeichneten Vertrauensarzt aufsuche und bis zum 4. August 2010 ein Zeugnis dieses Arztes einreiche, "ansonst gilt das Arbeitsverhältnis als fristlos aufgelöst". Im Widerspruch hierzu wurde dem Kläger aber aufgegeben, per 2. August 2010 sämtliche Schlüssel und Arbeitskleider abzugeben. Dass der Kläger unter diesen Umständen davon ausging, das Arbeitsverhältnis sei damit bereits endgültig aufgelöst, erscheint verständlich. Es braucht daher auch kein Beweisverfahren über die Behauptung des Klägers durchgeführt zu werden, wonach ihm am 31. Juli 2010 bereits telefonisch eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses mitgeteilt worden sei. Die Beklagte hatte hierzu immerhin (auch) erklären lassen, dass sich der Kläger am 31. Juli 2010 krank gemeldet habe, worauf die fristlose Kündigung ausgesprochen worden sei (Prot. I S. 9).

d) Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die fristlose Auflösung des Arbeitsvertrages des Klägers aufgrund des erstmaligen Verstosses gegen die Weisung des Arbeitgebers vom 9. Juli 2010 unter all den angeführten Umständen als nicht gerechtfertigt erscheint. Es kann nicht von einem wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR ausgegangen werden.

3. Entlässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund, so hat dieser Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist beendet worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR). Der Kläger hat somit Anspruch auf Ersatz dessen, was er bis Ende August 2010 verdient hätte. Auf diesen Zeitpunkt ist ihm unbestrittenermassen bereits ordentlich gekündigt worden.

Im erstinstanzlichen Verfahren beantragte der Kläger die Vergütung des Monatslohnes für August 2010 im Umfang von Fr. 3'383.– brutto (Urk. 4/2). Die Parteien äusserten sich hiezuh nicht weiter, und sie wurden hiezuh auch nicht weiter befragt (vgl. Prot. I S. 3 ff.). Mit der Berufungsbegründung präziserte der Kläger seine Forderung und beantragte nurmehr die Zusprechung von Fr. 3'306.25 brutto bzw. Fr. 2'824.25 netto. Er begründete diesen Anspruch wie folgt (Urk. 17 S. 14 f.):

Lohn für die Monate Juli und August brutto:	Fr. 6'766.–
Anteil 13. Monatslohn (8,33%):	Fr. 563.60
Anspruch brutto:	Fr. 7'329.60
abzüglich Zahlung Juli brutto:	Fr. 3'508.15
Nachzahlung November brutto	Fr. 451.05
Nachzahlung November Anteil 13. Monatslohn brutto:	Fr. 64.15
<u>Restanspruch brutto:</u>	<u>Fr. 3'306.25</u>
./ 11,375 % Sozialabzüge und Quellensteuer:	Fr. 376.10
./ BVG-Abzug Juli 2010:	Fr. 105.90
<u>Restanspruch netto:</u>	<u>Fr. 2'824.25</u>

Nachdem einerseits der vom Kläger beantragte Lohnersatz unter dem im erstinstanzlichen Verfahren beantragten Betrag liegt, und da diese Berechnung andererseits - mit Ausnahme des Anspruchs auf den Anteil am 13. Monatslohn - mit der Berufungsantwort nicht bestritten wurde (Urk. 24 Rz 47), ist hievon auszugehen. Mit Bezug auf den geltend gemachten Anteil am 13. Monatslohn wendet die Beklagte zu Recht ein, dass der 13. Monatslohn ab Beginn des 2. Anstellungsjahres lediglich 75% eines Monatslohnes betrage. Dies entspricht der im Jahre 2010 gültigen Regelung (L-GAV Stand 1. Januar 2010, Art. 12 Abs. 1 L-GAV). Der zu vergütende Anteil am 13. Monatslohn beläuft sich daher für Juli und August 2010 auf lediglich Fr. 422.70 brutto. Damit resultiert für Juli und August 2010 ein Anspruch von insgesamt Fr. 7'188.70 brutto abzüglich Fr. 4'023.35, mithin brutto Fr. 3'165.35. Zu vergüten sind deshalb Fr. 3'165.35 abzüglich Quellensteuer (Fr. 360.05) und abzüglich BVG-Abzug Juli 2010 (Fr. 105.90), somit netto Fr. 2'699.40.

4. Gemäss Art. 337c Abs. 3 OR kann der Richter den Arbeitgeber bei ungerechtfertigter fristloser Kündigung verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, die er nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festzulegen hat. Diese Entschädigung hat sowohl Strafcharakter als auch Genugtuungsfunktion und soll die durch die ungerechtfertigte fristlose Kündigung erlittene Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers abgelden. Die Entschädigung darf den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen. Sie hat sich entscheidend nach der Strafwürdigkeit des Verhaltens des Arbeitgebers, der Schwere der Persönlichkeitsverletzung, dem Mass der Widerrechtlichkeit der fristlosen Entlassung, der finanziellen Situation der Parteien und der Schwere des Mitverschuldens des Arbeitnehmers zu richten (BGE 121 III 64 mit weiteren Hinweisen).

Der Kläger beantragte sowohl im erst- als auch im zweitinstanzlichen Verfahren eine Entschädigung im Umfang von drei Monatslöhnen (Urk. 4/1 S. 2 und Urk. 17 S. 15). Im Verfahren vor Vorinstanz äusserte sich der Vertreter des Klägers indes mit keinem Wort zu der verlangten Entschädigung, er wurde hierzu allerdings auch nicht befragt. Auch die Beklagte äusserte sich nicht zu der verlang-

ten Entschädigung (vgl. Prot. I S. 3 ff.). Nachdem der Kläger im Berufungsverfahren nicht rügt, dass er hierzu nicht befragt wurde, erscheint fraglich, ob die neuen Vorbringen zur Schwere der erlittenen Persönlichkeitsverletzung bzw. zu den angeführten Umständen berücksichtigt werden können. Jedenfalls ist nicht weiter zu beachten, dass der Kläger neu vorbringt, dass ihn die Kündigung finanziell besonders schwer getroffen habe, weil die Arbeitslosenkasse ihm 39 Einstelltage auferlegt habe (Urk. 17 S. 15). Dies war im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Verhandlung längst bekannt. Ebenso, dass die gegen die Verfügung der Arbeitslosenkasse erhobene Einsprache bis zum Abschluss der richterlichen Klärung der Rechtmässigkeit der Kündigung sistiert wurde. Im Übrigen ist schon aufgrund der erstinstanzlichen Akten und Vorbringen - die vom Richter von Amtes wegen zu beachten sind - offenkundig, dass der Kläger nur über einen Minimallohn verfügen konnte und ihn die fristlose Entlassung daher erheblich traf. Andererseits stand er bereits in einem gekündigten Arbeitsverhältnis, weshalb er ab September 2010 ohnehin nicht mehr auf Lohnzahlungen durch die Beklagte zählen konnte. Dies relativiert die Betroffenheit. Hinzu kommt, dass der Kläger zugegebenermassen der Beklagten für die Krankheit in der Zeit ab 31. Juli 2010 überhaupt kein Arztzeugnis vorgelegt hat. Letzteres wird denn auch von der Beklagten, die einen Anspruch auf eine Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR gänzlich in Abrede stellt (Urk. 24 Rz 45 ff.), hervorgehoben und darauf hingewiesen, dass der Kläger die behauptete Krankheit nie belegt habe. Weiter ist zu beachten, dass das Arbeitsverhältnis erst seit 9. Juni 2009 andauerte. Unter Beachtung all dieser Umstände erscheint eine Strafzahlung im Umfang von lediglich rund einem Monatslohn als angebracht. Die Beklagte ist daher gestützt auf Art. 337c Abs. 3 OR zu verpflichten, dem Kläger weitere Fr. 3'500.- zu bezahlen.

5. Der Kläger beantragt die Zusprechung von 5% Zins ab dem 1. September 2010 ohne hierfür eine Begründung anzuführen (Urk. 2 S. 1, 4/1 S. 2 und 17 S. 2). Sowohl der Lohnersatz als Schadenersatzanspruch als auch die Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR werden indes mit der (ungerechtfertigten) fristlosen Entlassung fällig. Eine Mahnung ist nicht erforderlich (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 3 und 14 zu Art. 337c OR). Dementsprechend sind die verlangten Zin-

sen zuzusprechen. Die Beklagte erhebt hiegegen denn auch keine Einwendungen (vgl. Urk. 24).

III.

1. Im erstinstanzlichen Verfahren betrug der Streitwert rund Fr. 17'000.–, im Verfahren vor zweiter Instanz Fr. 13'532.–. Das Verfahren ist daher sowohl vor erster Instanz als auch im Berufungsverfahren kostenlos (Art. 343 Abs. 2 und 3 aOR bzw. Art. 114 lit. c ZPO).

2. Die Parteien haben im erstinstanzlichen Verfahren bezüglich der Rechtsbegehren 2-5 eine Vereinbarung geschlossen. Mit Bezug auf die Forderungsklage obsiegen die Parteien je rund zur Hälfte. Dies rechtfertigt es, von der Zuspreechung einer Prozessentschädigung abzusehen. Dies gilt auch für das Berufungsverfahren, in welchem ebenfalls von einem je hälftigen Obsiegen bzw. Unterliegen auszugehen ist.

Es wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 3'165.35 brutto bzw. Fr. 2'699.40 netto nebst Zins zu 5% seit 1. September 2010 sowie weitere Fr. 3'500.– nebst Zins zu 5% seit 1. September 2010 zu bezahlen.
2. Das erst- und zweitinstanzliche Verfahren ist kostenlos.
3. Es werden sowohl für das erst- als auch das zweitinstanzliche Verfahren keine Prozess- bzw. Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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. 13'532.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 3. Juli 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. B. Demuth

versandt am:

mc