

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA110023-O/U

Mitwirkend: Obergerichter Dr. G. Pfister, Vorsitzender, Ersatzoberichter
Dr. S. Mazan und Ersatzoberichterin lic. iur. R. Blesi Keller
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. H. Dubach

Urteil und Beschluss vom 25. Juni 2012

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom
31. März 2011 (AN110008)**

Rechtsbegehren:
(sinngemäss)

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 7'398.40 nebst Zins zu 5 % seit 31. Dezember 2010 als Lohn für die Kündigungsfrist zu bezahlen.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 9'248.-- nebst Zins zu 5 % seit 31. Dezember 2010 als Entschädigung wegen fristloser Entlassung zu bezahlen.
3. Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger ein Arbeitszeugnis aus- und zuzustellen.
4. Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger das gesamte Mitarbeiterdossier herauszugeben.

**Verfügung und Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung,
vom 31. März 2011 (Urk. 14):**

Verfügung:

- "1. Es wird davon Vormerk genommen, dass der Beklagte die Klage auf Änderung des Arbeitszeugnisses anerkannt hat, und das Verfahren wird in diesem Umfang als durch Anerkennung der Klage erledigt abgeschlossen.
2. Es wird weiter davon Vormerk genommen, dass der Kläger die Klage bezüglich Aushändigung des Mitarbeiterdossiers wieder zurückgezogen hat und das Verfahren wird in diesem Umfang als durch Rückzug der Klage erledigt abgeschlossen.
3. Das Verfahren ist kostenlos.
4. Über die Entschädigungsfolgen dieser Verfügung wird mit nachfolgendem Urteil befunden.
5. ... (Mitteilungssatz)
6. ... (Rechtsmittel)"

Urteil:

- "1. In teilweiser Gutheissung der Restklage wird der Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 10'684.80 brutto bzw. Fr. 9'894.45 netto nebst Zins zu 5 % seit 31. Dezember 2010 zu bezahlen.
Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine reduzierte Umtriebsentschädigung von Fr. 300.-- zu bezahlen.

4. ... (Mitteilungssatz)
5. ... (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 13 S. 2):

- "1. Es sei das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, Geschäfts-Nr. AN110008-L, vom 31. März 2011 aufzuheben und es sei die Klage des Klägers und Berufungsbeklagten vollumfänglich abzuweisen;
2. evtl. es sei das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, Geschäfts-Nr. AN110008-L, vom 31. März 2011 aufzuheben und es sei die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen;
3. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers und Berufungsbeklagten."

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 20 S. 2):

"Es sei die Berufung abzuweisen und das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 31. März 2011 zu bestätigen;
unter Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Kläger) stand seit dem 14. Juni 2010 als Gebäudereiniger in einem Arbeitsverhältnis zum Beklagten und Berufungskläger (nachfolgend: Beklagter). Am 12. November 2010 kündigte der Beklagte dem Kläger fristlos, da jener angeblich den Firmenwagen missbräuchlich verwendet, Kundengelder unterschlagen und ihn als "Arschloch" und "Wichser" beschimpft habe.

2. Am 9. März 2011 reichte der Kläger unter Beilage der Klagebewilligung vom 2. März 2011 (Urk. 2) bei der Vorinstanz die vorliegende arbeitsrechtliche Klage ein, mit der er Schadenersatz sowie eine Entschädigung wegen ungerech-

fertigter Entlassung geltend macht. Zudem verlangte er die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses sowie die Herausgabe des Mitarbeiterdossiers (Urk. 1). Anlässlich der erstinstanzlichen Verhandlung vom 31. März 2011 änderte der Kläger das Begehren auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses dahingehend ab, dass er nunmehr die Abänderung des ihm zwischenzeitlich zugestellten Arbeitszeugnisses verlangte (Prot. I S. 3). In der Folge anerkannte der Beklagte dieses Begehren (Prot. I S. 14). Das Begehren auf Herausgabe des Mitarbeiterdossiers zog der Kläger zurück (Prot. I S. 4). Umstritten blieben die Folgen der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Nachdem die Klage mündlich begründet und beantwortet worden war und die Parteien je einen weiteren Vortrag gehalten hatten (Prot. I S. 3 ff.), erliess die Vorinstanz gleichentags den eingangs zitierten Entscheid (Urk. 10 = 14).

3. Gegen das vorinstanzliche Urteil erhob der Beklagte am 19. Mai 2011 schriftlich und begründet Berufung (Urk. 13). Nicht angefochten wurde die Verfügung, mit der das Verfahren hinsichtlich der Rechtsbegehren 3 und 4 abgeschlossen wurde, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist. Die Berufungsantwort datiert vom 1. Juli 2011 und wurde dem Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 20 und 21).

4. Gemäss Art. 316 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz eine Verhandlung durchführen, aufgrund der Akten entscheiden (Abs. 1) oder einen zweiten Schriftenwechsel anordnen (Abs. 2). Diese Bestimmung verschafft der Berufungsinstanz einen grossen Ermessensspielraum, das Geeignete für den konkreten Fall vorzukehren (KUKO ZPO-Brunner, Art. 316 N 1). Die Berufungsinstanz kann selbst entscheiden, ob das Berufungsverfahren mündlich oder schriftlich durchgeführt wird. Wenn die Sache spruchreif ist, kann bereits nach der Berufungsschrift oder Berufungsantwort – d.h. ohne zweiten Schriftenwechsel bzw. ohne mündliche Berufungsverhandlung – entschieden werden. Die Sache ist spruchreif und ein Aktenentscheid angezeigt, wenn sich die Berufungsinstanz bereits nach dem ersten Schriftenwechsel eine abschliessende Meinung bilden kann (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, Art. 316 N 14). Wie

im Folgenden zu zeigen sein wird, ist die Sache spruchreif. Es kann bereits nach dem ersten Schriftenwechsel aufgrund der Akten entschieden werden.

5. Die Berufung hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Der Kläger hat mit der Berufungsantwort keine Anschlussberufung erhoben (Urk. 20 S. 2). Damit ist das erstinstanzliche Urteil insoweit, als die Klage im Fr. 10'684.80 brutto bzw. Fr. 9'894.45 netto nebst Zins zu 5 % seit 31. Dezember 2010 übersteigenden Betrag abgewiesen wurde, am 4. Juli 2011 (Eingang der Berufungsantwort) in Rechtskraft erwachsen. Dies ist vorzumerken.

II.

1. Zur fristlosen Entlassung des Klägers kam es anlässlich eines Telefongesprächs, das die Parteien am Freitag, 12. November 2010, um ca. 9.30 Uhr, führten. Die fermündlich ausgesprochene Kündigung wurde vom Beklagten im Nachhinein schriftlich bestätigt und begründet. Das entsprechende Schreiben datiert ebenfalls vom 12. November 2010, konnte dem Kläger aber erst am darauffolgenden Montag, 15. November 2010, zugestellt werden (Urk. 4/2). Insoweit sind sich die Parteien nunmehr einig. Die diesbezüglichen Ausführungen des Beklagten vor Vorinstanz waren klärungsbedürftig (vgl. Prot. I S. 10), was die Vorinstanz wohl dazu veranlasste, von einer schriftlichen Kündigung auszugehen (Urk. 14 E. 1.2). Am Ergebnis ändert dies jedoch nichts.

2. Der Hauptvorwurf, der schliesslich zur fristlosen Entlassung des Klägers führte, dreht sich um das besagte Telefongespräch vom 12. November 2010. Gemäss den Ausführungen des Beklagten vor Vorinstanz habe er den Kläger wegen eines Elektrikertermins angerufen und ihn gefragt, wo er sei. Dieser habe geantwortet: "Das geht Sie einen Scheissdreck an, Sie Arschloch, Sie Wichser (Prot. I S. 9)." Er – der Beklagte – sei dabei im Auto gesessen und habe seine Freisprechanlage benutzt. Neben ihm sei seine Freundin gesessen und habe die Beschimpfungen mitbekommen (Prot. I S. 6). Der Kläger bestritt vor Vorinstanz, die genannten Ausdrücke verwendet zu haben. Ehrlich gesagt könne er sich aber

nicht mehr genau an das Telefongespräch vom 12. November 2010 erinnern, da er sehr aufgeregt gewesen sei. Der Beklagte habe ihm in diesem Moment am Telefon fristlos gekündigt. Zudem habe der Beklagte ihn wegen seiner Herkunft aus C._____ beleidigt (Prot. I S. 5 f.). In der Berufungsantwort wies der Kläger darauf hin, dass der Beklagte wörtlich gesagt habe: "Du dummes ...-Schwein. Wir sind da nicht im" Er – der Kläger – habe diesen Ausspruch auch an der Verhandlung vor Vorinstanz wörtlich zitiert, was dann im Protokoll mit der genannten Formulierung umschrieben worden sei (Urk. 20 S. 4).

3. Zum weiteren Vorwurf, der Kläger habe das Firmenfahrzeug missbräuchlich verwendet, führte der Beklagte vor Vorinstanz aus, es sei erlaubt gewesen, den Firmenwagen für den Arbeitsweg zu verwenden. Nicht erlaubt gewesen sei jedoch, ihn privat zu nutzen (Prot. I S. 7). Anerkannt und belegt ist, dass der Kläger am 23. September 2010 um 22.27 Uhr in D._____ mit leicht übersetzter Geschwindigkeit von einer Geschwindigkeitskontrolle erfasst wurde (Urk. 9/1). Aus dem Zeitpunkt und dem Ort der Übertretung schloss der Beklagte, dass der Kläger das Auto privat verwendet habe. Der Beklagte machte weiter geltend, er habe das Auto am 13., 14., und 15. November 2010 in E._____ – es handelt sich um den Wohnort des Klägers – gesucht, den Wagen dort aber nicht gefunden. Aufgrund dieser Beobachtung habe er auch die Benzinrechnung überprüft und festgestellt, dass der Kläger zweieinhalb mal so viel Benzin wie andere Arbeitnehmer mit dem selben Einsatzradius verbraucht habe (Prot. I S. 7). Der Kläger bestritt nicht, das Fahrzeug auch für private Zwecke benutzt zu haben, dies sei ihm aber vom Beklagten anlässlich des Bewerbungsgesprächs so erlaubt worden. Aus den Lohnabrechnungen Oktober und November 2010 sei ersichtlich, dass ihm die entsprechenden Kosten vom Lohn abgezogen worden seien (Urk. 8 S. 2). Die Geschwindigkeitsübertretung vom 23. September 2010 erklärte der Kläger damit, dass er tags zuvor in F._____ für den Beklagten einen Rasen mähen müssen und an jenem Abend bei einem Kollegen in D._____ die Säcke mit dem Schnittgut abgeladen habe (Prot. I S. 4 f.).

4. Der Vorwurf, der Kläger habe Kundengelder unterschlagen, basiert schliesslich darauf, dass der Kläger Geld, welches er der Waschmaschinenkasse

einer Kundenliegenschaft zu entnehmen hatte, nicht sofort, sondern erst einige Tage später dem Beklagten ablieferte. Zudem hatte der Kläger das Kleingeld in Banknoten umgetauscht. Der Beklagte führte dazu vor Vorinstanz aus, dass der Kläger das Waschmaschinengeld direkt bei ihm hätte abliefern müssen. Auf der Bank werde gezählt, wie viele Zehner, Fünziger und Zweifränkler abgeliefert werden, damit der Kunde sehe, wie viele Münzen aus der Kasse entnommen wurden. Als er vom Kläger das Geld verlangt habe, habe dieser ihm gesagt, er habe das Geld für Zigaretten gebraucht. Erst am 1. November 2010, nach dem Zahltag, habe der Kläger Fr. 104.70 abgeliefert. Am 14. November 2010 habe er – der Beklagte – im besagten Haus die Kasse geleert. Das Waschmaschinengeld für 14 Tage habe Fr. 167.60 betragen, während der Kläger für die Monate September und Oktober Fr. 104.70 aus der Kasse entnommen haben wolle (Prot. I S. 7). Wie hoch der abgelieferte Betrag seiner Ansicht nach hätte sein müssen, konnte der Beklagte nicht sagen. Es hätte – so der Beklagte – aber mehr sein müssen (Prot. I S. 9). Der Kläger hat vor Vorinstanz zwar eingestanden, das Münz zunächst für Zigaretten verwendet und dem Beklagten dafür das Geld in Noten in den Briefkasten gesteckt zu haben (Urk. 8 S. 2). Er stellte aber in Abrede, Geld für einen Zigarettenkauf "abgezweigt" zu haben (Prot. I S. 5).

5. Die Vorinstanz hielt die fristlose Entlassung des Klägers für ungerechtfertigt. Sie liess dabei offen, ob sich der Sachverhalt tatsächlich so, wie er vom Beklagten geschildert wurde, zugetragen hat, ging aber von der Sachverhaltsschilderung des Beklagten aus (Urk. 14 E. 6.2).

5.1. Bezüglich der Vorfälle vom 23. September 2010 (Fahrzeuggebrauch) und vom 1. November 2010 (vorübergehendes Geldeinbehalten) erwog die Vorinstanz, dass diese bereits von ihrer Schwere her zur Begründung der fristlosen Kündigung gar nicht geeignet gewesen wären. Als Begründung für die fristlose Kündigung hätte der Beklagte diese Vorfälle sodann nur heranziehen können, wenn er auch rechtzeitig reagiert hätte (Urk. 14 E. 6.3).

5.2. Hinsichtlich des Vorwurfs der Beschimpfung nahm die Vorinstanz zunächst Bezug auf einen Entscheid des Bundesgerichts. Dieses hatte erwogen, dass der Umstand, dass ein Arbeitnehmer den Gesellschafter seiner Arbeitgebe-

rin als "geldgieriges" oder allenfalls als "profitgeiles" "Arschloch" bezeichnet hatte, eine fristlose Entlassung auch ohne vorherige Abmahnung rechtfertigen könne. Vorausgesetzt sei, dass die Verfehlung des Arbeitnehmers aufgrund der gesamten Umstände tatsächlich so schwer wiege, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar erscheine (Urteil 4C.435/2004 vom 2. Februar 2005, E. 4.1).

5.3. Die Vorinstanz erwog dazu im Wesentlichen, dass beispielsweise auf einer Baustelle oder eben in einem Gebäudereinigungsunternehmen anders gesprochen werde als in der Teppichetage einer Grossbank. Auch während der Hauptverhandlung vom 31. März 2011 sei deutlich geworden, dass zwischen den Parteien ein ziemlich rüder Umgangston gepflegt werde. Ausserdem sei der Kläger der Ansicht, der Beklagte habe ihn aufgrund seiner Herkunft aus ... [C._____] beschimpft. In solch einem Umfeld sei die Hemmschwelle, ein derartiges Schimpfwort auszusprechen, geringer als in anderen Berufsbereichen. Die Vorinstanz gestand dem Kläger auch zu, sich in einer zumindest teilweise verständlichen Erregung befunden zu haben. Weiter – so die Vorinstanz – sei zu beachten, in welchem Umfeld die angebliche Beschimpfung stattgefunden habe, bzw. ob Drittpersonen in diesem Zeitpunkt in unmittelbarer Nähe gewesen seien. Dabei gehe es um die Frage, ob bzw. in welchem Masse die Autorität des Arbeitgebers untergraben worden sei, indem er in Gegenwart anderer Angestellten beschimpft und beleidigt worden wäre. Die zwei Kraftausdrücke seien angeblich während eines Telefongespräches gefallen und nicht für Drittpersonen bestimmt gewesen. In diesem Fall gelte es zu berücksichtigen, dass der Beklagte sich zu diesem Zeitpunkt, gemäss eigenen Angaben, in seinem Auto aufgehalten habe. Seine Lebenspartnerin habe sich ebenfalls im Fahrzeug befunden, was der Kläger jedoch nicht habe wissen können. Es seien aber keine Mitarbeiter in unmittelbarer Nähe gewesen, die diese Konversation und die Untergrabung der Autorität des Vorgesetzten durch den Kläger hätten verfolgen können. Auch seien keine Kunden in der Umgebung gewesen, welche die behauptete Beschimpfung hätten hören können, womit auch nicht der Ruf des Unternehmens hätte geschädigt werden können.

5.4. Unter Hinweis auf die kurze einmonatige Kündigungsfrist mutete die Vorinstanz dem Beklagten schliesslich zu, das Arbeitsverhältnis ordentlich zu beenden, insbesondere da die Arbeit des Klägers durch den Beklagten nicht beanstandet worden sei. Des Weiteren sei durch den Beklagten nicht geltend gemacht worden, solche Kraftausdrücke seien bereits früher gefallen. Es hätte sich demnach um eine einmalige Entgleisung des Klägers gehandelt (Urk. 14 E. 6.4).

6. Im Berufungsverfahren hält der Beklagte an seinem Standpunkt fest und kritisiert die Rechtsprechung der Vorinstanz als "geradezu skandalös sozialistisch inspiriert anmutend" (Urk. 13 S. 5). Er führt unter anderem aus, dass gleichgültig, ob diese Beleidigung von Drittpersonen – im konkreten Fall seien sie von seiner Lebenspartnerin mitgehört worden – ebenfalls wahrgenommen worden seien oder nicht, mit einer derart schwerwiegend verletzenden Beschimpfung und auch eine Respektlosigkeit sondergleichen zum Ausdruck bringenden Titulierung eine Weiterbeschäftigung des Klägers für ihn völlig unzumutbar geworden sei, sei doch damit jegliches Vertrauen in seinen Arbeitnehmer zerstört worden. In der Reinigungsbranche würden dem Arbeitnehmer Schlüssel von Kunden anvertraut und das setze voraus, dass der Arbeitgeber einhundertprozentiges Vertrauen in seinen Arbeitnehmer haben können müsse. Genau das sei nach Austeilen dieser Beschimpfungen unwiderherstellbar nicht mehr gegeben gewesen. Dies könne keinesfalls hingenommen werden und ein solches Verhalten habe es für einen Arbeitgeber und insbesondere für ihn im vorliegenden Fall unzumutbar werden lassen, einen solchen Mitarbeiter weiter auch nur eine Sekunde zu beschäftigen (Urk. 13 S. 6 f.).

7. Der Kläger schliesst sich im Rahmen der Berufungsantwort im Wesentlichen der Begründung der Vorinstanz an.

8. Hinsichtlich der allgemeinen Voraussetzungen, unter denen eine fristlose Auslösung des Arbeitsverhältnisses zu Recht erfolgt, kann – um Wiederholungen zu vermeiden – vorab auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 14 E. 6.1).

8.1. Die fristlose Entlassung soll nicht ein bestimmtes Verhalten sanktionieren und der Arbeitgeberin eine Satisfaktion verschaffen. Sie dient vielmehr als Ausweg, wenn die Situation objektiv nicht mehr tragbar ist. Ob eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum nächsten Kündigungstermin nicht mehr als zumutbar erscheint, hängt von den Umständen des konkreten Einzelfalls ab. In aller Regel kann nicht schon vom Vorfall als solchem unabhängig von den konkreten Gegebenheiten auf die Zulässigkeit der fristlosen Entlassung ohne vorherige Abmahnung geschlossen werden. Vielmehr ist anhand der gesamten Umstände abzuklären, ob eine Situation vorliegt, die auch objektiv unhaltbar geworden ist. Soweit sich ein Verhalten nicht direkt auf die Arbeitsleistung auswirkt, ist die geforderte objektive Schwere nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen, genügt doch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dafür nicht einmal jedes strafbare Verhalten am Arbeitsplatz (BGE 129 III 384 E. 3.1; BGer 4C.112/2002 vom 8. Oktober 2002 E. 5, mit Hinweisen). Schwere Beschimpfungen des Arbeitgebers oder des Vorgesetzten sind zwar grundsätzlich geeignet, eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen; zu berücksichtigen sind aber stets die konkreten Umstände. (BGer 4C.154/2006 vom 26. Juni 2006 E. 2.3, publiziert in JAR 2007 S. 286; BGer 4C.21/1998 vom 18. März 1998 E. 1b, publiziert in JAR 1999 S. 282 f.). War die Beschimpfung durch den Arbeitnehmer beispielsweise ein einmaliges Ereignis und sind die benutzten Schimpfwörter geläufige Ausdrücke, ist die weitere Zusammenarbeit bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar (Tribunale d'appello del Cantone Ticino, Urteil vom 9. März 2001, publiziert in JAR 2002 S. 280).

8.2. Zunächst ist festzuhalten, dass die Vorinstanz auf ein Beweisverfahren verzichtete und es folglich nicht angeht, wenn sie in ihrer Begründung trotzdem – wenn auch nur punktuell – auf bestrittene Behauptungen des Klägers abstellt. In soweit muss offen bleiben, ob der Beklagte den Kläger aufgrund seiner Herkunft aus dem ... [C._____] beschimpft hat, und es kann nicht gesagt werden, der Kläger habe sich in einer "zumindest teilweise verständlichen Erregung" befunden (vgl. Urk. 14 E. 6.4).

8.3. Was die Erwägungen der Vorinstanz im Zusammenhang mit dem vorerwähnten Bundesgerichtsurteil 4C.435/2004 vom 2. Februar 2005 anbelangt, so ist festzuhalten, dass in besagtem Entscheid die fristlose Entlassung eines Maler-Vorarbeiters aufgrund einer schweren Beschimpfung geschützt wurde, obschon auf dem Bau unter Angestellten ein rüder Umgangston herrscht. Insofern taugt der vorinstanzliche Vergleich des beklaglichen Gebäudereinigungsunternehmens mit der Baubranche und der Verweis auf den angeblich rüden Umgangston zwischen den Parteien nicht als Abgrenzungskriterium zu dem vom Bundesgericht beurteilten Fall. Entscheidend ist viel mehr einzig, worauf die Vorinstanz ebenfalls hingewiesen hat, dass die angebliche Beschimpfung vorliegend nicht vor versammelter Belegschaft, sondern am Telefon erfolgt sein soll. Das Bundesgericht stellte in seinem Entscheid massgeblich auf den mit der Beschimpfung einhergegangenen Autoritätsverlust der Arbeitgeberin ab. Auch in einem weiteren Urteil 4C.154/2006 vom 26. Juni 2006, publiziert in JAR 2007 S. 286 ff., erwog das Bundesgericht, dass der Arbeitgeberin eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten gewesen sei, denn das Verhalten der Arbeitnehmerin habe die Autorität ihrer Vorgesetzten beziehungsweise des Arbeitgebers untergraben (eine Arztsekretärin rief ihrer Vorgesetzten in Anwesenheit von Mitarbeiterinnen und Patienten sowie ohne vorangegangene Provokation zu: "Sie können mich langsam..."). Ein solcher Autoritätsverlust ist vorliegend nicht ersichtlich und wurde auch nicht dargetan. Mitgehört hat das fragliche Telefongespräch einzig die Lebenspartnerin des Beklagten. Aus diesem Grund wiegt der vorliegende Fall, auch wenn er sich wie vom Beklagten geschildert zugetragen haben sollte, weit weniger schwer, als die den genannten Bundesgerichtsurteilen zugrunde liegenden Fälle.

8.4. Vorliegend erweist sich die angebliche Beschimpfung des Beklagten durch den Kläger unter den konkreten Umständen bereits objektiv als ungeeignet, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist. Es ist dabei insbesondere zu berücksichtigen, dass

- die angebliche Beschimpfung am Telefon erfolgt und ausser von der Lebenspartnerin des Beklagten, welche nicht in seinem Betrieb arbeitet, von niemandem mitgehört worden sein soll,
- sich das angebliche Verhalten des Klägers nicht direkt auf die Arbeitsleistung auswirkte,
- der Kläger im Betrieb des Beklagten keine besondere Stellung bekleidete,
- die ordentliche Kündigungsfrist nur einen Monat betrug und
- es sich beim angeblichen Ausbruch des Klägers um eine einmalige Entgleisung handelte – anders wäre wohl zu entscheiden, wenn es trotz Verwarnung wiederholt zu entsprechenden Verfehlungen gekommen wäre.

8.5. Daran ändert nichts, dass der Beklagte anführt, er habe mit dem Kläger auch nicht Schweine gehütet, d.h. keine Gesprächskultur "à la frère cochon" gepflegt, was auch daraus hervorgehe, dass er mit ihm nach wie vor per Sie sei (Urk. 13 S. 6). Dass der Kläger den Beklagten auch noch gesiezt haben soll, als er diesen angeblich beleidigte, kann ihm kaum zum Nachteil gereichen. Im Übrigen kann ohnehin offen bleiben, ob zwischen den Parteien ein rüder Umgangston gepflegt wurde oder nicht.

8.6. Wenn der Beklagte zudem geltend macht, der Ausdruck "Wichser" habe eine stark abwertende Bedeutung und enthalte ausserdem ganz klar eine stark moralisch verwerfliche Komponente sexuell abartigen Verhaltens, so kann dem nicht ohne Einschränkung gefolgt werden. Zweifelsohne stellt das Wort "Wichser" ein schwer beleidigendes Schimpfwort dar. Es beschreibt einen männlichen Masturbanten, wird aber im Allgemeinen nicht wörtlich verstanden, sondern eher im Sinne von Versager. Überdies wird Selbstbefriedigung heute kaum noch als sittliche Verfehlung angesehen, weshalb das Wort "Wichser" entgegen der beklaglichen Auffassung nicht gänzlich anders zu qualifizieren ist als der Begriff "Arschloch".

8.7. Zuzustimmen ist der Vorinstanz in ihrer Beurteilung der weiteren Vorkommnisse. Sollte der Kläger das ihm zur Verfügung gestellte Firmenfahrzeug am 23. September 2010 unerlaubterweise privat verwendet haben, so stellte dies für sich betrachtet keine besonders schwere Verfehlung dar. Der Beklagte erhielt durch die vom 1. Oktober 2010 datierende Übertretungsanzeige vom fraglichen Vorfall Kenntnis. Dadurch, dass er nicht innert angemessener Frist reagierte, verlor der fragliche Tatbestand seine Eigenschaft als möglichen Kündigungsgrund (vgl. BSK-Portmann, Art. 337 OR N 13). Der Beklagte machte nicht einmal geltend, dass er den Kläger diesbezüglich gerügt oder verwarnet hätte. Er will hingegen nach der Kündigung am Wohnort des Klägers nach dem Wagen gesucht und diesen nicht vorgefunden haben, was ihn dazu veranlasst habe, den Kraftstoffverbrauch des vom Kläger verwendeten Firmenfahrzeugs zu überprüfen. Dieser habe sich im Nachhinein als exorbitant höher herausgestellt, als durch die Arbeitstätigkeit begründet (Urk. 13 S. 8). Das Nachschieben von Kündigungsgründen wird zwar allgemein als zulässig erachtet (vgl. BSK-Portmann, Art. 337 OR N 10, mit Hinweisen). Selbst wenn der Kläger das Firmenfahrzeug regelmässig und unerlaubterweise privat verwendet hätte, würde dies hingegen eine fristlose Entlassung ohne vorherige Abmahnung nicht rechtfertigen. Der Beklagte ist darauf zu behaften, dass er auf den Vorfall vom 23. September 2010 nicht mit einer Verwarnung reagierte, sondern in der Lohnabrechnung des Folgemonats einen Abzug für Benzin vornahm (Urk. 4/4/3).

8.8. Was den Vorfall mit dem Waschmaschinengeld betrifft, so sind sich die Parteien über den Sachverhalt weitgehend einig. Der Kläger wechselte das Kleingeld in Banknoten und lieferte es dem Beklagten zu spät ab. Der Kläger hat auch eingestanden, das Münz zunächst für Zigaretten verwendet zu haben. Dies rechtfertigt jedoch wiederum keine fristlose Entlassung ohne vorherige Abmahnung und – was entscheidend ist – der Beklagte hat auch in diesem Zusammenhang ein allfälliges Kündigungsrecht verwirkt. Spätestens als der Kläger das Geld am 1. November 2010 ablieferte, hätte der Beklagte reagieren müssen. Dass der Kläger effektiv Geld unterschlagen habe, machte der Beklagte darüber hinaus nie genügend substantiiert geltend.

8.9. Insgesamt mögen diese teilweise bestrittenen Vorkommnisse zwar zu einer erheblichen Trübung des Arbeitsverhältnisses geführt haben. Mit der Vorinstanz bleibt es aber dabei, dass selbst wenn sich alles in seiner Gesamtheit so zugetragen hat, wie es der Beklagte schilderte, es ihm zuzumuten gewesen wäre, ordentlich zu kündigen und das Arbeitsverhältnis noch gut eineinhalb Monate aufrechtzuerhalten. Dabei handelt es sich nicht, wie von beklagtischer Seite geltend gemacht (Urk. 13 S. 7), um eine Wohltat, die der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer zukommen zu lassen hat. Vielmehr stellt dies den Normalfall und die fristlose Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Ausnahme, die ultima ratio der Beendigungsarten dar (vgl. Portmann/Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, N 754). Die fristlose Kündigung erfolgte somit zu Unrecht.

9. Erweist sich die fristlose Entlassung als ungerechtfertigt, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist aufgelöst worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR). Zudem kann der Richter den Arbeitgeber nach freiem Ermessen und unter Würdigung aller Umstände zu einer Entschädigung verpflichten. Dabei darf diese jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen (Art. 337c Abs. 3 OR). Hinsichtlich der Berechnung des Schadenersatzanspruchs kann auf die überzeugenden und im Berufungsverfahren unbeanstandet gebliebenen Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 14 E. 7). Was die Entschädigung betrifft, so ist festzuhalten, dass eine solche nach BGE 116 II 300 bei ungerechtfertigter Entlassung regelmässig geschuldet ist, obwohl Art. 337c Abs. 3 OR als Kann-Vorschrift ausgestaltet ist. Ein Verzicht auf eine Entschädigung setzt zumindest Umstände voraus, die ein Fehlverhalten des Arbeitgebers ausschliessen oder ihm aus anderen Gründen nicht anzulasten sind. Solche Umstände wurden vorliegend nicht dargetan. Eine Entschädigung von mehr als Fr. 3'500.– ist bereits aufgrund des Verschlechterungsverbots nicht zu prüfen. Die vorinstanzlich festgesetzte Entschädigung von etwas weniger als einem Monatslohn bewegt sich bereits am unteren Rand und erscheint den vorliegenden Verhältnissen angemessen.

10. Nach dem Gesagten ist der Entscheid der Vorinstanz zu bestätigen.

III.

1. Vor Vorinstanz betrug der Streitwert – inklusive des geforderten Arbeitszeugnisses – mindestens Fr. 21'270.40. Zum Streitwert des Rechtsbegehrens 4 (Herausgabe des Mitarbeiterdossiers) äusserten sich weder die Parteien noch die Vorinstanz. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass der Streitwert insgesamt Fr. 30'000.– nicht überstieg. Für das Berufungsverfahren ist von einem Streitwert von noch Fr. 10'684.80 auszugehen. Beide Verfahren sind kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO).

2. Für das erstinstanzliche Verfahren wurde der Beklagte verpflichtet, dem Kläger, der sich damals von einem Gewerkschafter vertreten liess, eine reduzierte Umtriebsentschädigung von Fr. 300.– zu bezahlen. Diese blieb unbeanstandet, weshalb sie zu bestätigen ist. Im Berufungsverfahren unterliegt der Beklagte vollumfänglich. Ausgangsgemäss ist er zu verpflichten, dem nunmehr anwaltlich vertretenen Kläger eine Entschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese ist in Anwendung der §§ 4 und 13 Abs. 1 und 2 Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 auf Fr. 1'600.– festzusetzen. Ein Mehrwertsteuerersatz ist mangels Antrag nicht geschuldet.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 31. März 2011 am 4. Juli 2011 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als die Klage im Fr. 10'684.80 brutto bzw. Fr. 9'894.45 netto nebst Zins zu 5 % seit 31. Dezember 2010 übersteigenden Betrag abgewiesen wurde.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 10'684.80 brutto bzw. Fr. 9'894.45 netto nebst Zins zu 5 % seit 31. Dezember 2010 zu bezahlen.

2. Das erstinstanzliche Verfahren und das Berufungsverfahren sind kostenlos.
3. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Umtriebsentschädigung von Fr. 300.– und für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'600.– zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, 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. 10'684.80.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 25. Juni 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Dr. G. Pfister

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. H. Dubach

versandt am:

mc