

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LA120001-O/U

Mitwirkend: Obergerichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Ersatzoberrichter  
Dr. S. Mazan und Ersatzoberrichterin lic. iur. R. Blesi sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

## Urteil und Beschluss vom 15. August 2012

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH,**

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. 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  
28. November 2011 (AH110142)**

### Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger die Lohndifferenz in der Höhe von CHF 1'000.00 (brutto) nebst Zins von 5 % seit dem 01.07.2011 zu bezahlen.

2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den hypothetischen Lohn von CHF 11'800.00 (brutto) nebst Zins von 5 % seit dem 01.07.2011 zu bezahlen.
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger die Kinder- und Ausbildungszulagen in der Höhe von CHF 900.00 (brutto) nebst Zins von 5 % seit dem 01.07.2011 zu bezahlen.
4. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den 13. Monatslohn pro rata temporis in der Höhe von CHF 2'800.00 (brutto) nebst Zins von 5 % seit dem 01.07.2011 zu bezahlen.
5. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 5'600.00 nebst Zins von 5 % seit dem 01.07.2011 als Strafentschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Kündigung zu bezahlen.
6. Unter Kosten- und vollen Entschädigungsfolgen (letztere zzgl. 8 % Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten."

**Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung,  
vom 28. November 2011 (Urk. 17 S. 12):**

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 21'500.- brutto bzw. Fr. 20'562.50 netto nebst Verzugszins zu 5 % seit dem 1. Juli 2011 zu bezahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 4'320.- (Fr. 4'000.- zuzüglich 8 % Mwst) zu bezahlen.
4. [Mitteilungssatz]
5. [Rechtsmittelbelehrung]

**Berufungsanträge:**

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 16 S. 2):

"Es sei das Urteil vom 28.11.2011 aufzuheben, soweit damit mehr als Fr. 3'095.85 zugesprochen werden und die Klage sei für den darüber hinaus gehenden Betrag abzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt auch hinsichtlich des vorinstanzlichen Verfahrens zulasten des Appellats."

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 21 S. 2):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8 % Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten und Berufungsklägerin."

**Erwägungen:**

**I.**

1.1. Der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) ist gelernter Gipser. Die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) ist ein von C.\_\_\_\_\_ geführtes Gipserunternehmen. Die Parteien schlossen im Jahre 2010 einen ersten Arbeitsvertrag, nach welchem der Kläger ab dem 1. September 2010 als Gipser bei der Beklagten zu arbeiten begann. Sein Bruttolohn belief sich auf Fr. 5'100.– monatlich. Am 28. Februar 2011 wurde ein neuer Arbeitsvertrag abgeschlossen, welcher am 1. März 2011 in Kraft trat. Nach diesem galt eine Kündigungsfrist von einem Monat, eine wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden und ein Ferienanspruch von vier Wochen. Ferner wurden ein Bruttolohn von Fr. 5'600.– pro Monat sowie monatliche Pauschalspesen von Fr. 300.– vereinbart (Urk. 4/4).

1.2. Anfang April 2011 ersuchte der Kläger bei C.\_\_\_\_\_ um eine Bewilligung, an bzw. nach Ostern zwei Wochen Ferien beziehen zu dürfen. Dies wurde ihm von seinem Vorgesetzten verwehrt. Gemäss Darstellung des Klägers soll C.\_\_\_\_\_ hernach darauf zurückgekommen sein und ihm den Ferienbezug bewilligt haben, was indessen von der Beklagten bestritten wird. Am Vormittag des 21. April 2011 verliess der Kläger seinen Arbeitsplatz und erschien erst am 9. Mai 2011 wieder zur Arbeit. Bereits am 21. April 2011 hatte die Beklagte eine fristlose

Kündigung ausgesprochen, indem sie dem Kläger ein entsprechendes Schreiben nach Hause sandte (Urk. 4/7; Prot. Vi S. 6). Am 9. Mai 2011, nachdem der Kläger nach seinen Ferien die Arbeit wieder aufnehmen wollte, wurde ihm eröffnet, er sei fristlos entlassen worden und brauche nicht mehr zur Arbeit zu kommen.

2. Mit der Eingabe vom 21. September 2011 sowie der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes D.\_\_\_\_\_ vom 9. September 2011 hob der Kläger vor Vorinstanz eine Klage mit den eingangs erwähnten Begehren an (Urk. 1; Urk. 3). Betreffend des Verlaufs des erstinstanzlichen Verfahrens ist auf die Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 17 S. 3f. Ziff. 2). Mit Urteil vom 28. November 2011 sprach die Vorinstanz dem Kläger Fr. 21'500.– brutto bzw. Fr. 20'562.50 netto nebst Verzugszins zu 5 % seit dem 1. Juli 2011 zu. Im Übrigen wurde die Klage abgewiesen (Urk. 17 S. 12). Die Beklagte hat fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 14/2; Urk. 16). Die Berufungsantwort datiert vom 22. Februar 2012 (Urk. 21). Sie wurde der Beklagten mit Verfügung vom 28. Juni 2012 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 22).

3. 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). Hiervon ist vorliegend auszugehen, weshalb mit Verfügung vom 28. Juni 2012 der Schriftenwechsel für abgeschlossen erklärt wurde (Urk. 22). Dennoch reichte die Beklagte in der Folge eine "Replik" ein. Diese wurde dem Kläger am 27. Juli 2012 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 23).

4. Neue Vorbringen sind im Berufungsverfahren lediglich im Rahmen echter Noven zulässig. Dies sind neue Tatsachenvorbringen, welche 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). Dies gilt, entgegen der Ansicht der Beklagten (Urk. 16 S. 4), auch für Verfahren unter - wie vorliegend - eingeschränktem Untersuchungsgrundsatz (Art. 247 Abs. 2 ZPO), ist doch eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren abzulehnen, da diese der im Gesetz eigens vorgesehenen abweichenden Regelung von Art. 317 ZPO entgegensteht (ZR 110 [2011] Nr. 96; ZR 111 [2012] Nr. 35). Auch die "Natur" des vorliegenden Verfahrens bzw. die eingeschränkte Untersuchungsmaxime gebieten kein uneingeschränktes Novenrecht in zweiter Instanz (BGE 107 II 233 Erw. 3; ZR 100 [2001] Nr. 14; ZR 101 [2002] Nr. 39).

5. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Im Rahmen der Berufungsbegründung ist darzulegen, weshalb die in der Berufungsschrift aufgeführten Berufungsanträge gestellt werden und gestützt auf welche Sachverhaltselemente und Rechtsgrundlagen sich diese Berufungsanträge rechtfertigen. Die Begründung eines Rechtsmittels hat zu erklären, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll. Der Berufungskläger hat sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Die Berufungsinstanz hat sodann die geltend gemachten Punkte zu prüfen. Sie hat nicht von sich aus den erstinstanzlichen Entscheid auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, wenn diese von keiner Partei gerügt werden, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten träten klar zutage (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 311 N 36). Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Berufungsbegründung mit den entsprechenden Rügen grundsätzlich den Umfang der Prüfungsbefugnis und der Prüfungspflicht der Berufungsinstanz umschreibt. Die Berufungsinstanz kann die gerügten Mängel frei und unbeschränkt überprüfen und sie muss sie auch überprüfen (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 310 N 5 f.). Dabei ist sie aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis nicht an

die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Sie kann Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen.

6. Die Berufung hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Beklagte anerkennt in der Berufung eingeklagte Forderungen von total Fr. 3'095.85. Anerkannt werden die Lohnnachzahlungen für die Monate März und April 2011 von je Fr. 500.–, ein 13. Monatslohn pro rata temporis für den Zeitraum von Januar 2011 bis zum 9. Mai 2011 im Betrag von Fr. 1'983.35 sowie die Kinder-Ausbildungszulage für eine Woche im Mai 2011 von Fr. 112.50 (Urk. 16 S. 4). Unangefochten blieb sodann die erstinstanzliche Festsetzung der Entscheidungsbüher. Der Kläger hat mit der Berufungsantwort keine Anschlussberufung erhoben (Urk. 21 S. 2). Damit ist das erstinstanzliche Urteil insoweit als die Vorinstanz die Klage im Umfang von Fr. 3'095.85 brutto bzw. Fr. 2'909.40 netto gutgeheissen hat sowie die Klage im Fr. 21'500.– brutto bzw. Fr. 20'562.50 netto nebst Verzugszins zu 5 % seit dem 1. Juli 2011 übersteigenden Betrag abgewiesen hat, am 23. Februar 2012 (Eingang der Berufungsantwort) in Rechtskraft erwachsen. Dies ist vorzumerken. Entsprechend ist im Berufungsverfahren noch über die Rechtmässigkeit der fristlosen Entlassung sowie allfälliger finanzieller Folgen aus einer ungerichtfertigterweise ausgesprochenen Kündigung zu entscheiden (Urk. 17 S. 5ff.).

## II.

1. Nach Art. 337 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Nach der Rechtsprechung 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 tief greifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein. Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab. Über das Vorhandensein eines wichtigen Grundes zur fristlosen Entlassung entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR; vgl. zum Ganzen Urteil 4A.685 des Bundesgerichtes vom 24. Mai 2012, Erw. 4 mit Hinweisen).

2. Die Beklagte machte vor Vorinstanz geltend, die fristlose Entlassung sei gerechtfertigt gewesen, da ein Verdacht bestanden habe, dass der Kläger zwei Maschinen entwendet habe. Sodann habe der Kläger am 21. April 2011 die Baustelle an der ...strasse um 8.30 Uhr verlassen, ohne sich abzumelden und sei in die Ferien gegangen. Dies habe das Fass zum Überlaufen gebracht. Die Ferien seien nicht bewilligt gewesen. Dass im Kündigungsschreiben angeführt worden sei, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger werde "aufgrund der momentanen Wirtschaftslage" aufgelöst und der Kündigungsgrund des unerlaubten Ferienbezuges nicht angeführt wurde (Urk. 4/7), sei ein Fehler ihrerseits gewesen (Prot. Vi S. 7ff.). Der angeführte wirtschaftliche Kündigungsgrund treffe nicht zu (Prot. Vi S. 18). Ausserdem habe es Mängel an einem Bauprojekt gegeben (Prot. Vi S. 12). Gemäss dem Kläger waren die Ferien bewilligt. Weiter bestritt er die angeblichen Diebstähle, Baumängel und sonstigen Pflichtverletzungen. Die Baustelle habe er am 21. April 2011 um 8.00 Uhr verlassen, nachdem er an diesem Morgen überprüft habe, ob sein Lohn auf dem Konto sei. Er habe bemerkt, dass wiederum Fr. 500.- gefehlt hätten. Als er C.\_\_\_\_\_ angerufen habe, habe er gefragt, ob sie (Herr E.\_\_\_\_\_, welcher auch Probleme mit ausstehenden Lohnzahlungen gehabt habe, und er) arbeiten sollten oder nicht. C.\_\_\_\_\_ habe geantwortet, er (der Kläger) hätte genug Geld erhalten. Er solle nach Hause gehen (Prot. Vi S. 14ff.).

3. Die Vorinstanz erwog, ob dem Kläger eine Täterschaft für den Diebstahl der zwei Arbeitsmaschinen nachgewiesen werden könne, könne offen bleiben, da die Beklagte nachdem sie den Verdacht hegte, die Täterschaft liege beim Kläger, das Arbeitsverhältnis noch rund zwei Monate fortgesetzt habe, ohne dass es ihr unzumutbar gewesen wäre. Weiter könne die Frage offen gelassen werden, ob der Kläger gegen den ausdrücklichen Willen der Beklagten in die Ferien gefahren sei, da der Kläger fristlos entlassen worden sei, bevor er seine allenfalls weisungswidrigen Ferien überhaupt angetreten habe. Der Kläger habe am 21. April 2011 bloss seine Arbeitsstelle verlassen und sei sofort, noch am gleichen Tag fristlos entlassen worden. Seine Ferien hätten aber erst nach den Osterfeiertagen beginnen sollen. Der fristlose Entlassungsgrund des weisungswidrigen Ferienbezugs habe sich noch gar nicht realisiert. Der Kläger hätte ohne Weiteres noch Gelegenheit gehabt, sich über Ostern die Konsequenzen seines Handelns zu überlegen und hernach zu verzichten, entgegen einer ausdrücklichen Weisung in die Ferien zu fahren, sondern sich reumütig am Dienstag nach Ostern zur Arbeit zu begeben. Die Beklagte habe dies nicht abgewartet, sondern habe den Kläger bereits vor dem Zeitpunkt, an dem sein mögliches Fehlverhalten überhaupt erst hätte beginnen können, entlassen. Das einmalige Verlassen der Arbeitsstelle am 21. April 2011 rechtfertige keine fristlose Kündigung (Urk. 17 S. 5ff.).

4. Eine mangelnde Arbeitsleistung ist in der Regel kein Grund für eine fristlose Kündigung. Eine Ausnahme ist gegeben, wenn der Arbeitnehmer total unfähig für die Aufgabe ist, welche er übernommen hat (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, N 7 zu Art. 337 OR). Dies behauptet die Beklagte nicht und ist auch nicht erwiesen (Urk. 16 S. 3 und 6).

5. Der Kläger hat die Arbeitsrapporte von Januar bis April 2011 nicht bei der Beklagten eingereicht (Prot. Vi S. 6 und 19). Hingegen genügen derart leichte Pflichtverletzungen nicht für eine fristlose Kündigung. Sie können hingegen zu einer Trübung des Arbeitsverhältnisses führen und zusammen mit weiteren Ereignissen eine fristlose Kündigung rechtfertigen (Urk. 16 S. 6).

6. Bezüglich des angeblichen Diebstahls durch den Kläger kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 17 S. 5f. Ziff. 4.2. lit. a), welche von der Beklagten in der Berufung nicht beanstandet werden.

7. Mit der Vorinstanz ist sodann davon auszugehen, dass es für eine fristlose Kündigung nicht ausreicht, sollte der Kläger tatsächlich am Morgen des 21. April 2011 die Baustelle ungerechtfertigterweise verlassen haben. Ein Beweisverfahren darüber, ob C.\_\_\_\_\_ tatsächlich zum Kläger sagte, was umstritten ist, er könne nach Hause gehen, erübrigt sich somit. Daran ändert nichts, dass der Kläger die Arbeitsrapporte nicht einreichte.

8.1. Zu prüfen bleibt somit, ob die Ereignisse rund um den Ferienbezug des Klägers eine fristlose Kündigung rechtfertigten. So anerkennen Lehre und Rechtsprechung als wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR insbesondere den eigenmächtigen Ferienbezug entgegen einem abschlägigen Bescheid des Arbeitgebers, sofern nicht besondere Umstände vorliegen (Urteil 4C.201/2004 des Bundesgerichtes vom 22. Juli 2004, Erw. 4.1.).

8.2. Der Kläger fragte bei C.\_\_\_\_\_ etwa zwei Wochen vor den Ostern, zirka anfangs April 2011, an, ob er nach den Ostern, ab dem 26. April 2012, zwei Wochen Ferien beziehen könne. C.\_\_\_\_\_ verneinte als Bevollmächtigter der Beklagten einen Ferienbezug, da ein Termin bei einer Baustelle einzuhalten war (Prot. VI S. 10 und 16). Der Kläger macht hingegen geltend, die Ferien seien ihm nachträglich am 26. April 2011 bewilligt worden (Prot. VI S. 16). Dies bestreitet die Beklagte (Prot. VI S. 18). Die Parteien gehen in der Berufung übereinstimmend davon aus, dass der umstrittene eigenmächtige Ferienbezug die Aussprechung einer fristlosen Kündigung bereits am 21. April 2012, mithin vor dem Zeitpunkt des effektiven Beginns des eigenmächtigen Bezugs, nicht zu rechtfertigen vermag. Dem ist beizupflichten. Es kann diesbezüglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 17 S. 6f.). Zu ergänzen ist, dass die Beklagte selbst vor Vorinstanz vorbrachte, der Kläger habe vor dem Bezug der Ferien nicht erwähnt, er werde trotz des Nichtvorliegens ihres Einverständnisses Ferien beziehen (Prot. VI S. 11). Hingegen stellt sich die Beklagte in der Berufung auf den Standpunkt, im vorinstanzlichen Urteil sei entschieden worden, die Kündigung sei

mangels Beweisen am 9. Mai 2011 ausgesprochen worden (mit Verweis auf Urk. 17 S. 8 Erw. 5 b). In der Erwägung 4 lit. b) werde jedoch für die Kündigungsgründe auf den 21. April 2011 abgestellt (Urk. 17 S. 6f.), was im Widerspruch zum Beweisergebnis stehe. Richtigerweise sei auf die Kündigungsgründe im Zeitpunkt der Kündigung am 9. Mai 2011 abzustellen. Am 9. Mai 2011 habe der Kläger eigenmächtig Ferien bezogen gehabt (Urk. 16 S. 4f.). Dem widerspricht der Kläger (Urk. 21).

8.3. Zu unterscheiden ist zwischen der Aussprechung der fristlosen Entlassung, d.h. der Abgabe der entsprechenden Willenserklärung durch die Beklagte, und dem Zugang dieser Willenserklärung beim Kläger. Denn wirksam wird eine Kündigung erst mit dem Zugang bei der anderen Partei (BGE 113 II 261). Hingegen hält die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur fristlosen Entlassung klar fest, als wichtige Gründe für eine fristlose Kündigung kämen nur Ereignisse in Frage, welche sich im Zeitpunkt der Entlassungserklärung bereits abgespielt hätten (Urteil 4A.685 des Bundesgerichts vom 24. Mai 2012, Erw. 5.2.2.; BGE 121 III 467 = Pra 85 [1996] S. 804; Erw. 5.; BGE 124 III 25 = Pra 87 [1998] S. 360 Erw. 3. c); BGE 127 III 310 = Pra 91 [2002] 129f. Erw. 4. a).

8.4. Die Beklagte sandte dem Kläger am 21. April 2011 das folgende von C.\_\_\_\_\_ unterzeichnete Schreiben (Urk. 4/7):

### **"Kündigung**

Sehr geehrter Herr B.\_\_\_\_\_

Aufgrund der momentanen Wirtschaftslage, muss ich Ihnen mit diesem Schreiben leider mitteilen, dass die Firma A.\_\_\_\_\_ GmbH das Arbeitsverhältnis mit Ihnen per 22. April 2011 auflöst.  
[ ... ]"

Damit sprach sie eine fristlose Entlassung aus. Sie gab eine entsprechende Willenserklärung ab. In der Berufung unbestritten ist nunmehr, dass dieses (angeblich) per A-Post versandte Schreiben dem Kläger nie zugegangen ist. Gemäss den Ausführungen der Beklagten erschien der Kläger am 9. Mai 2011 pünktlich zum Arbeitsbeginn auf der Baustelle. C.\_\_\_\_\_ habe ihn gefragt, ob er das Kündi-

gungsschreiben nicht erhalten habe. Der Kläger habe die Frage verneint, weshalb ihm C.\_\_\_\_\_ das Schreiben vor Ort übergeben und der Kläger die Arbeitsstelle wieder verlassen habe (Prot. VI S. 11). Weiter bestätigte die Beklagte vor Vorinstanz, dass es korrekt sei, dass sie das Arbeitsverhältnis mit dem Schreiben vom 21. April 2011 fristlos aufgelöst habe (Prot. VI. S. 6). Aufgrund der vorinstanzlichen Behauptungen der Beklagten ergibt sich somit, dass die Beklagte und ihr Vertreter C.\_\_\_\_\_ bis zum 9. Mai 2011 davon ausgingen, der Kläger habe ihr Kündigungsschreiben vom 21. April 2011 erhalten. Als dieser die entsprechende Frage am 9. Mai 2011 verneinte, händigte ihm C.\_\_\_\_\_ eine Kopie des Schreibens aus. Das Datum, auf welches dem Kläger gekündigt werden sollte (22. April 2011), blieb unverändert. Die Beklagte behauptet keine weitergehenden Äusserungen im Zusammenhang mit der Aushändigung des Schreibens. Die diesbezüglichen neuen Behauptungen in der beklagtischen Eingabe vom 12. Juli 2012, ihr Vertreter habe die fristlose Kündigung aufgrund des eigenmächtigen Ferienbezugs gegenüber dem Kläger am 9. Mai 2011 erneut ausgesprochen, nachdem sich seine Befürchtungen vom 21. April 2011 bewahrheitet hätten und somit der Grund für eine fristlose Kündigung nun eingetreten gewesen sei (Urk. 23 S. 2) und, C.\_\_\_\_\_ habe gegenüber dem Kläger am 9. Mai 2011 "eindeutig und unmissverständlich die fristlose Kündigung" ausgesprochen (Urk. 23 S. 3), sind verspätet und nicht mehr zu beachten. Die Beklagte behauptete denn vor Vorinstanz auch in keiner Art und Weise, sie habe am 9. Mai 2011 nochmals eine Willensbildung bezüglich der fristlosen Entlassung vorgenommen und eine entsprechende Erklärung abgegeben. Auch dahingehende Äusserungen der Beklagten, dass ihr Vertrauen in die Fortführung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger erst mit dem effektiven unberechtigten Ferienbezug zerbrochen wäre, fehlen. Folglich ist mit dem Kläger davon auszugehen, dass ihm am 9. Mai 2011 lediglich das Kündigungsschreiben vom 21. April 2011 persönlich ausgehändigt wurde (Urk. 21 S. 7). Eine "neue" Willenserklärung gab die Beklagte nicht ab. Vielmehr war sie darum bemüht, dass ihre Erklärung vom 21. April 2011 dem Kläger endlich zugeing.

8.5. Aufgrund der vorangehenden Erwägungen ist somit davon auszugehen, dass die Beklagte die fristlose Entlassung am 21. April 2011 aussprach. Zu diesem Zeitpunkt lagen keine wichtigen Gründe vor, welche die Entlassung rechtfertigen könnten.

tigen würden. Die fristlose Entlassung erfolgte ungerechtfertigterweise. Offen bleiben kann, ob dem Kläger, wie von ihm behauptet, die Ferien nachträglich doch noch bewilligt wurden.

9. Das von der Vorinstanz errechnete "Quantitativ" wurde von der Beklagten in der Berufung für den Fall, dass man zum Schluss kommt, die fristlose Entlassung sei ungerechtfertigt, nicht beanstandet (Urk. 16). Es kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu den finanziellen Folgen der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung verwiesen werden (Urk. 17 S. 8ff.). Entsprechend ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger noch Fr. 18'404.15 brutto bzw. Fr. 17'653.10 netto zu bezahlen. Der Zinsfuss von 5 % und der von der Vorinstanz festgelegt Zinslauf ab dem 1. Juli 2011 wurden nicht beanstandet und sind zu bestätigen, weshalb die Beklagte sodann zu verpflichten ist, dem Kläger Verzugszins von 5 % ab dem 1. Juli 2011 auf Fr. 21'500.– brutto bzw. Fr. 20'562.50 netto zu bezahlen.

### III.

1. Da der Streitwert des vorliegenden Verfahrens unter Fr. 30'000.– brutto liegt, werden weder für das erst- noch das zweitinstanzliche Verfahren Kosten erhoben (Art. 114 lit. c ZPO).

2. Die Beklagte wird für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die von der Vorinstanz festgesetzte Entschädigung von Fr. 4'320.– (Fr. 4'000.– zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) ist zu bestätigen (Urk. 17 S. 11f.). Für das Berufungsverfahren ist von einem Streitwert von rund Fr. 18'400.– brutto auszugehen. Der Kläger obsiegt vollumfänglich. Gestützt auf die §§ 4 Abs. 1 und 2 sowie 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV erscheint es angemessen, dem Kläger eine Prozessentschädigung von Fr. 2'000.– zuzüglich Fr. 160.– Mehrwertsteuer, mithin total Fr. 2'160.–, zuzusprechen.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 28. November 2011 am 23. Februar 2012 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als
  - die Beklagte verpflichtet wurde, dem Kläger den Betrag von Fr. 3'095.85 brutto bzw. Fr. 2'909.40 netto zu bezahlen,
  - die Klage im Fr. 21'500.– brutto bzw. Fr. 20'562.50 netto nebst Verzugszins von 5 % seit dem 1. Juli 2011 übersteigenden Betrage abgewiesen wurde, und
  - keine Kosten erhoben wurden.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 18'404.15 brutto bzw. Fr. 17'653.10 netto nebst Zins von 5 % seit dem 1. Juli 2011 auf Fr. 21'500.– brutto bzw. Fr. 20'562.50 netto zu bezahlen.
2. Das Berufungsverfahren ist kostenlos.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'320.– zu bezahlen.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'160.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, 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 weniger als Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 15. August 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:  
mc