

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA130021-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, lic. iur. M. Spahn und
Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. H. Dubach

Urteil und Beschluss vom 11. Oktober 2013

in Sachen

A. _____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend **Forderung, Zeugnisänderung**

**Berufung gegen einen Beschluss und ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich,
1. Abteilung, vom 5. Juni 2013 (AN110028-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2 f.)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger brutto Fr. 86'514.– zuzüglich Zins zu 5%
 - aus Fr. 27'400.– seit 22. Februar 2011 und
 - aus Fr. 59'114.– seit 15. April 2011zu bezahlen.
2. Dem Kläger sei in der gegen die Beklagten angehobenen Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich ... (Zahlungsbefehl vom 13. April 2011) Rechtsöffnung zu erteilen für den Forderungsbetrag samt Zinsen sowie die Kosten der Betreibung.
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger ein korrigiertes Arbeitszeugnis gemäss Beilage 30 aus- und zuzustellen.
4. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger belegte Auskunft darüber zu erteilen, ob und allenfalls in welcher Höhe sie für den Kläger im Rahmen des vormaligen Arbeitsverhältnisses Sozialversicherungsbeiträge an die AHV und die Pensionskasse abgeführt hat.
5. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger eine ordnungsgemässe Schlussabrechnung bezüglich des vormaligen Arbeitsverhältnisses auszuhändigen.
6. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger die (berichtigten) Lohnausweise für die Jahre 2010 und 2011 auszuhändigen.
7. Es sei der Beklagten zum Vollzug der eingeklagten Sachleistungen gemäss den Ziff. 3 – 6 hiervor eine kurze gerichtliche Frist anzusetzen, unter Androhung der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB im Weigerungsfall an den alleinigen und einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrat C._____.
8. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten (einschliesslich Schlichtungsverfahren)."

Berufungsanträge:

(Urk. 38 S. 2 f.)

"Der Beschluss des Arbeitsgerichtes Zürich vom 5. Juni 2013 im Verfahren Geschäfts-Nr. AN110028-L/U sei aufzuheben und wie folgt neu zu fassen:

1. Von der Anerkennung der Klage bis zum fristlosen Verlassen der Arbeitsstelle vom 19. Januar 2011 im Betrag von Fr. 19'953.35 brutto und unter Verrechnung der Entschädigung von CHF 3'250.– (Art. 337d Abs. 3 OR) Sich daraus ergebenden Vormerk genommen.
2. Auf das Begehren zur Erteilung der Rechtsöffnung in der Btreibung Nr. ... des Btreibungsamtes Zürich ... (Zahlungsbefehl vom 13. April 2011) wird nicht eingetreten.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen entsprechend wird mit nachfolgendem Urteil entschieden.

Das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 5. Juni 2013 im Verfahren Geschäfts-Nr. AN110028-L/U sei aufzuheben und wie folgt neu zu fassen:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das Begehren wird abgewiesen.
3. Das Begehren um Auskunftspflicht, dem Kläger Auskunft über die Höhe der von ihr während der Dauer des Arbeitsverhältnisses vom 1. September 2008 bis zum 21. Februar 2011 abgeführten Beiträge an die Sozialversicherungen (AHV, IV, ALV, EO, SUVA, KTG, Pensionskasse) zu erteilen, wird abgewiesen.
4. Das Begehren wird mit der Abweisung der Klage ebenfalls abgewiesen.
5. Das Begehren wird mit der Abweisung der Klage ebenfalls abgewiesen.
6. Das Begehren auf Androhung einer Ungehorsamstrafe gegen den Verwaltungsrat der Beklagten, C._____, gemäss Ziff. 7 des Rechtsbegehrens wird abgewiesen.
7. Die Gerichtskosten und die Entscheidgebühr werden der Klägerin auferlegt.
8. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers.
9. Die Beschwerdeinstanz habe die Vollstreckung des vorinstanzlichen Urteiles vom 12. Februar 2013 gemäss Art. 315 ZPO umgehend und ohne Anhörung der Gegenpartei aufzuschieben."

Erwägungen:

I.

1. Der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Kläger) stand seit dem 1. September 2008 als Wirtschaftsgeograph in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten und Berufungsklägerin (nachfolgend: Beklagte). Mit Schreiben vom 21. Februar 2011 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis wegen Lohngefährdung fristlos (Urk. 4/26).

2. Mit Eingabe vom 11. Juli 2011 (Urk. 1) sowie unter Beilage der Klagebewilligung vom 9. Juni 2011 (Urk. 2) machte der Kläger bei der Vorinstanz die vorliegende arbeitsrechtliche Klage über insgesamt Fr. 86'514.– brutto nebst Zinsen anhängig. Zudem verlangte er die Erteilung der Rechtsöffnung in der von ihm gegen die Beklagte angehobenen Betreuung, die Berichtigung des Arbeitszeugnisses, Auskunft über die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge sowie die Aus- und Zustellung von Lohnabrechnungen und Lohnausweisen. Für den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Am 5. Juni 2013 erliess diese folgenden Entscheid (Urk. 36 = 39):

Beschluss:

- "1. Von der Anerkennung der Klage im Betrag von Fr. 30'871.55 netto [Fr. 35'632.– brutto] zzgl. Zins zu 5% seit dem 22. Februar 2011 und der Reduktion der Klage im Betrag von Fr. 34'976.55 netto [Fr. 40'370.– brutto] wird Vormerk genommen.
2. Der Prozess wird im Umfang von Fr. Fr. 30'871.55 netto als durch Klageanerkennung und im Umfang von Fr. 34'976.55 netto als durch Klagerückzug erledigt abgeschlossen.
3. Auf das Begehren zur Erteilung der Rechtsöffnung in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Zürich ... (Zahlungsbefehl vom 13. April 2011) wird nicht eingetreten.
4. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird mit nachfolgendem Urteil entschieden.
5. ... (Mitteilungssatz)
6. ... (Rechtsmittel)"

Urteil:

- "1. In teilweiser Guttheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger weitere Fr. 7'101.– netto [Fr. 8'196.– brutto] zzgl. Zins zu 5% seit dem 15. April 2011 zu bezahlen. Im verbleibenden Mehrbetrag von Fr. 2'006.60 netto [Fr. 2'316.– brutto] wird die Klage abgewiesen.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger ein korrigiertes Arbeitszeugnis mit folgendem Wortlaut aus- und zuzustellen:
... (Teilweise Guttheissung des Zeugnisberichtigungsbegehrens)
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Auskunft über die Höhe der von ihr während der Dauer des Arbeitsverhältnisses vom 1. September 2008 bis zum 21. Februar 2011 abgeführten Beiträge an die Sozialversicherungen (AHV, IV, ALV, EO, SUVA, KTG, Pensionskasse) zu erteilen.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger berichtigte Lohnabrechnungen für die Monate Dezember 2010, Januar 2011 und Februar 2011 aus- und zuzustellen.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger berichtigte Lohnausweise für die Jahre 2010 und 2011 aus- und zuzustellen.
6. Das Begehren auf Androhung einer Ungehorsamsstrafe gegen den Verwaltungsrat der Beklagten C._____ gemäss Ziff. 7 des Rechtsbegehrens wird abgewiesen.
7. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'390.– festgesetzt.
8. Die Gerichtskosten werden zu 48.5% dem Kläger sowie zu 51.5% der Beklagten auferlegt und aus dem vom Kläger geleisteten Vorschuss bezogen.
Der aus dem Kostenvorschuss des Klägers bezogene Anteil der Beklagten ist dem Kläger von der Beklagten zu ersetzen.
9. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 388.50 zu bezahlen.
10. ... (Mitteilungssatz)
11. ... (Rechtsmittel)"

2. Gegen den Entscheid der Vorinstanz erhob die Beklagte am 8. Juli 2013 Berufung (Urk. 38). Sie wendete sich zunächst gegen die teilweise Abschreibung des Verfahrens zufolge Anerkennung im Fr. 19'953.35 brutto übersteigenden Betrag (Dispositivziffern 1 und 2 des Beschlusses). Im Übrigen beantragte sie die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und die Abweisung sämtlicher klägerischer Rechtsbegehren. Dispositivziffern 3 und 4 des Beschlusses sowie Dispositivziffer 6 des Urteils der Vorinstanz blieben unangefochten. Den Vorschuss gemäss Verfügung vom 15. Juli 2013 (Urk. 43) leistete die Beklagte rechtzeitig (Urk. 44). Da sich die Berufung sogleich als unzulässig bzw.

unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

II.

1. Die Berufung der Beklagten richtet sich zunächst gegen die teilweise Klageanerkennung. Gegen eine solche ist die Revision das primäre und ausschliessliche Rechtsmittel (Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO). Insoweit ist auch die Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz korrekt. Hingegen ist der Abschreibungsbeschluss nach Art. 241 Abs. 3 ZPO gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung einzig hinsichtlich des Kostenpunkts mit Beschwerde anfechtbar; eine Berufung ist ausgeschlossen (vgl. BGE 139 III 133). Auf die Berufung gegen den Abschreibungsbeschluss ist somit nicht einzutreten.

2. a) Die Berufungsschrift befasst sich sodann über weite Strecken mit der Vorgeschichte des vorliegenden Arbeitsstreits sowie mit weiteren Streitigkeiten zwischen der Beklagten und Dritten. Auf die beklagtischen Ausführungen ist im Folgenden nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

b) In prozessualer Hinsicht ist zudem zu beachten, dass gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Echte Noven (Tatsachen, die erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind) können stets vorgebracht werden, sofern dies ohne Verzug geschieht, unechte Noven (Tatsachen, die bereits zur Zeit des erstinstanzlichen Entscheids vorhanden waren) nur, wenn sie neben der Einreichung ohne Verzug trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Jede Partei, die neue Tatsachen und Beweismittel einreicht, hat zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht und unechte Noven zulässig sind (Volkart, DIKE-Komm., Art. 317 ZPO N 6 ff.). Sämtliche neuen Vorbringen der Beklagten sind als unechte Noven zu qualifizieren. Sie

versäumt es jedoch darzulegen, inwiefern diese trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können. Auf die Unzulässigkeit einzelner Vorbringen ist nachfolgend an geeigneter Stelle einzugehen.

III.

1. Hauptstreitpunkt bildet vorliegend die Frage, ob der Kläger berechtigt war, das Arbeitsverhältnis fristlos aufzulösen. Er beruft sich dazu auf den Tatbestand der Lohngefährdung nach Art. 337a OR. Die Beklagte bestreitet, je zahlungsunfähig gewesen zu sein. Gemäss eigener Darstellung entschied sie sich jedoch anfangs 2010, den Betrieb "fern von Bankfinanzierungen (Kreditlinien) zu halten", was zu einigen Liquiditätsengpässen geführt habe (Urk. 15 S. 13). Unbestrittenen ist ferner, dass die Löhne des Klägers für die Monate Januar, Februar, März, Juli, August, Oktober und November 2010 verspätet bezahlt wurden. Der Novemberlohn wurde dem Konto des Klägers am 16. Dezember 2010 gutgeschrieben (Urk. 4/22). Seither leistete die Beklagte keine Zahlungen mehr an den Kläger. Mit Email vom 12. Januar 2011 setzte der Kläger der Beklagten Frist bis zum 19. Januar 2011 zur Begleichung des Dezembersalärs an. Das dreizehnte Gehalt 2010 erwarte er zusammen mit dem Januarlohn bis spätestens 31. Januar 2011 (Urk. 4/24). Nachdem die Beklagte ihrer Lohnzahlungspflicht weiterhin nicht nachgekommen war, stellte der Kläger am 19. Januar 2011 seine Arbeitsleistung einstweilen ein. Mit Schreiben vom 2. Februar 2011 setzte der Kläger der Beklagten eine Frist von vierzehn Tagen zur Sicherstellung der Löhne für die Monate Februar und März 2011 an, mit der Androhung, dass er das Arbeitsverhältnis andernfalls fristlos kündigen werde (Urk. 4/25). Nach Ablauf dieser Frist kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 21. Februar 2011 fristlos (Urk. 4/26). Zu diesem Zeitpunkt waren zwanzig Beteiligungen im Gesamtbetrag von mehr als Fr. 350'000.– gegen die Beklagte hängig (vgl. Urk. 4/7).

2. a) Nach Art. 337a OR kann der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen, wenn ihm für seine Forderung

aus dem Arbeitsverhältnis nicht binnen angemessener Frist Sicherheit geleistet wird. Die Zahlungsunfähigkeit gemäss Art. 337a OR ist ein selbständiger Begriff und deckt sich nicht mit demjenigen von Art. 191 SchKG. Der Beweis der Zahlungsunfähigkeit obliegt dem Arbeitnehmer, doch hat der Arbeitgeber ausgedehnte Mitwirkungspflichten, und es dürfen auch aufgrund des Schuldnerverhaltens wie der Zahlungsweise Rückschlüsse gezogen werden (vgl. JAR 1994 S. 221). Zahlreiche Lieferantenbetreibungen gelten als ein untrügliches Zeichen für Zahlungsunfähigkeit im Sinne von Art. 337a OR (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 337a OR N 8).

b) Die Vorinstanz verwies in ihrer Begründung zudem auf die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach der Arbeitnehmer die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers bereits annehmen dürfe, wenn dieser den Lohn wiederholt verspätet bezahle und wenn dieser für die Lohnzahlungen weder Sicherheit leiste noch dem Arbeitnehmer liquide Angaben darüber zugänglich mache, weshalb seine Zahlungsfähigkeit dennoch gegeben sei (BGer 4A_192/2008 vom 9. Oktober 2008, E. 6).

c) Nach der Vorinstanz deuteten sämtliche Umstände auf eine Zahlungsunfähigkeit hin: Die Sicherstellung von Lohnforderungen sei bereits Thema einer Besprechung vom 3. März 2010 gewesen. Zahlungsrückstände seien während des ganzen Jahres 2010 aufgetreten. Diverse Mitarbeiter der Beklagten hätten bereits gekündigt oder seien von der Beklagten gekündigt worden. Andere Mitarbeiter hätten die Beklagte bereits betrieben. Telefon und Internet seien zeitweise nicht verfügbar gewesen. Die von der Beklagten betreffend die Betreibungen getätigten Kommentierungen bzw. Erklärungsversuche seien wenig ergiebig und damit auch wenig glaubhaft. Die aufgeführten Forderungen würden sowohl grössere als auch kleinere Beträge betreffen; ersichtlich seien typische Lieferantenforderungen. Dass derart kleine, an sich unbestrittene Forderungen seitens der Beklagten unbezahlt geblieben seien, sei ein klares Indiz für deren Zahlungsunfähigkeit in der relevanten Periode. Das von der Beklagten vorgelegte Bestätigungsschreiben der

Revisionsstelle D._____ vom 5. Oktober 2011, wonach die Beklagte am 28. Februar 2011 nicht zahlungsunfähig gewesen sei (Urk. 17/2), hielt die Vorinstanz nicht für relevant, da es bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer fristlosen Kündigung gemäss Art. 337a OR nicht auf eine rein objektive bzw. nach buchhalterischen Grundsätzen bestehende Zahlungsfähigkeit oder Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers ankomme. Die Vorinstanz wies auch darauf hin, dass die Beklagte es explizit abgelehnt habe, weitere Unterlagen einzureichen, wie vom Kläger beantragt worden war. Sie kam daher zum Schluss, dass die Zahlungsunfähigkeit der Beklagten im Sinne von Art. 337a OR offensichtlich und der Kläger berechtigt gewesen sei, das Arbeitsverhältnis fristlos aufzulösen, nachdem er die Beklagte mit Email vom 12. Januar 2011 auf die Lohnausstände hingewiesen, eine Zahlungsfrist angesetzt habe und auch auf die erneute Fristansetzung mit Schreiben vom 2. Februar 2011 keine Zahlung resp. Sicherstellung erfolgt sei (Urk. 39 E. IV.B).

3. Auf die mit der Berufung vorgetragene Einwände der Beklagten ist nachfolgend einzugehen. Sie erweisen sich allesamt als nicht zielführend.

- Was den Zeitpunkt der Auflösung des Arbeitsverhältnisses anbelangt, hatte die Beklagte bereits vor Vorinstanz behauptet, der Kläger habe am 19. Januar 2011 seinen Arbeitsplatz definitiv verlassen und nicht nur die Arbeit einstweilen niedergelegt. Nachdem die Gegenseite entsprechende Unterlagen vorgelegt hatte, hielt die Beklagte allerdings im Rahmen der Duplik an ihrer Darstellung nicht mehr fest (Prot. I S. 17 f.). Wenn sie nun in der Berufung wieder zurückschwenkt (vgl. Urk. 38 S. 9 f.), so verhält sie sich widersprüchlich. Zudem ist der erneute Behauptungswechsel bereits aufgrund des eingeschränkten Novenrechts in der Berufung unzulässig (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Es erübrigen sich daher weitere Ausführungen dazu. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass die Auflösung des Arbeitsverhältnisses am 21. Februar 2011 erfolgte.
- Bezüglich des Einwands, der Kläger habe als Kadermitglied eine gewisse Kulanz bei der Bezahlung der Saläre zu zeigen (Urk. 38 S. 11), ist darauf hinzuweisen, dass die Lohnzahlungspflicht die primäre Vertragspflicht des

Arbeitgebers darstellt und in ihrer absoluten Form gegenüber sämtlichen Mitarbeitern gilt, weshalb auch von Kaderangestellten diesbezüglich keine Kulanz erwartet werden darf. Die Ausführungen der Beklagten zur Stellung und "Wirkungskraft" des Klägers in ihrem Betrieb (Urk. 38 S. 11 f.) sind im Übrigen allesamt neu und damit unzulässig (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

- Der Umstand, dass der Kläger nicht bereits im Frühjahr 2010 kündigte, als der Arbeitsmarkt Fachleute wie ihn angeblich händeringend suchte, stellt kein Indiz dafür dar, dass die Kündigung vom 21. Februar 2011 ungerechtfertigt gewesen wäre. Einerseits hatte der Kläger nie behauptet, dass die Beklagte bereits im Frühjahr 2010 zahlungsunfähig gewesen sei. Andererseits stellt die fristlose Kündigung wegen Lohngefährdung ein (relativ) zwingendes Recht des Arbeitnehmers dar; Zuwarten kann ihm nicht zum Nachteil gereichen. Auch dieser Einwand der Beklagten (vgl. Urk. 38 S. 11, 13 und 25) ist unbegründet.
- Es hilft der Beklagten auch nicht, dass sie verspätete Lohnzahlungen angeblich angekündigt habe. Wenn sie überdies geltend macht, dass verspätete Lohnzahlungen keineswegs Ausdruck von Unwillen gewesen sei, Saläre von Mitarbeitern zu bezahlen, sondern "Gegenstand einer Umstrukturierung" (vgl. Urk. 38 S. 11), so anerkennt sie letztlich selbst, dass sie eben nicht mehr in der Lage war, die fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen.
- Neu und damit unzulässig im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO ist die Behauptung der Beklagten, dass der Kläger seine Einwilligung zur späteren Lohnauszahlung gegeben habe. Dasselbe gilt für das Vorbringen, dass Verzögerungen bei den Lohnzahlungen auf das Unvermögen des Klägers zurückzuführen seien, als Kadermitglied in leitender Funktion für seinen Bereich genügende Geldmittel zur rechten Zeit zu beschaffen oder diese bei der Geschäftsführung einzufordern (vgl. Urk. 38 S. 11 f.). Es erübrigen sich weitere Ausführungen hierzu.

- Ebenfalls neu und damit unzulässig sind die Ausführungen der Beklagten zur Firmengruppe, in die sie eingebettet sei, und zu deren angeblichen Kreditwürdigkeit (vgl. Urk. 38 S. 17 ff.).
- Zu den zahlreichen Betreibungen hatte die Beklagte bereits vor Vorinstanz ausgeführt, dass diese zum grössten Teil erledigt seien und von den Gläubigern aus Trotz oder wider besseres Wissen nicht gelöscht würden (Urk. 15 S. 4). Sie verwies dazu auf einen mit Kommentaren ergänzten Betreibungsregisterauszug (Urk. 17/1). Die Vorinstanz hielt diese Erklärungsversuche, wie bereits erwähnt, für wenig ergiebig. Die Berufungsschrift enthält wiederum zahlreiche Erläuterungen zum Betreibungsregisterauszug (Urk. 38 S. 22 ff.). Sofern diese über die bereits aktenkundigen Erklärungen der Beklagten hinausgehen, erweisen sie sich als verspätet und sind damit unbeachtlich (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dasselbe gilt für die im Berufungsverfahren eingereichten Urkunden. Es ändert jedoch ohnehin nichts am Schuldnerbild der Beklagten, dass diese die meisten Forderungen ganz oder teilweise bestreitet und es in gewissen Fällen später zu einer Einigung resp. einem Forderungsnachlass seitens der Gläubiger gekommen sein soll. Tatsache bleibt, dass gegen die Beklagte am 21. Februar 2011 zwanzig Betreibungen von zwanzig verschiedenen Gläubigern im Gesamtbetrag von mehr als Fr. 350'000.– hängig waren.

4. a) Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Kläger unter den gegebenen Umständen von der Zahlungsunfähigkeit der Beklagten ausgehen durfte. Während des ganzen Jahres 2010 kam es immer wieder zu Verspätungen bei der Lohnzahlung. Zuletzt wurde der Lohn des Klägers überhaupt nicht mehr überwiesen. Die Beklagte leistete sodann weder Sicherheit für die Lohnzahlungen, noch machte sie ihren Arbeitnehmern gegenüber liquide Angaben dazu, weshalb ihre Zahlungsfähigkeit dennoch gegeben sein sollte. Die Mitteilung des CEOs der Beklagten an seine Mitarbeitenden, er erwarte auf der Basis seiner Verhandlungen über Projektarbeiten und Verpflichtungen Dritter Zahlungseingänge, die nicht wie vereinbart eingetroffen seien, reicht dafür jedenfalls nicht aus (vgl. Email vom 2. Dezember 2010, Urk. 4/23). Das Schreiben

der Revisionsstelle, mit welchem jene die Zahlungsfähigkeit der Beklagten per 28. Februar 2011 bestätigt, datiert vom 5. Oktober 2011 (Urk. 17/2). Es wäre der Beklagten aber oblegen, die berechtigten Bedenken des Klägers bezüglich Lohngefährdung im Zeitpunkt der Fristansetzung zur Sicherstellung auszuräumen. Dem nachträglichen Bestätigungsschreiben der D._____ AG kommt daher bereits deshalb keine Relevanz zu, weil es dem Kläger nicht vor der Kündigung zugänglich gemacht werden konnte. Die Voraussetzungen für eine Kündigung nach Art. 337a OR waren somit erfüllt.

b) Es bleibt anzufügen, dass der Kläger auch gestützt auf die Grundnorm von Art. 337 OR zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses berechtigt gewesen wäre. Demgemäss kann ein Arbeitsverhältnis fristlos durch ausserordentliche Kündigung aufgelöst werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (Abs. 1). Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin nach Treu und Glauben nicht mehr zumutbar ist (Abs. 2). Die Nichtgewährung fälliger Lohnzahlungen wird in der Praxis als schwere Vertragsverletzung qualifiziert und genügt demnach als Grund für eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses (vgl. BGer 4A_199/2008 vom 2. Juli 2008, E. 2; ZR 101 Nr. 73; JAR 1994 S. 220). Die Beklagte war im Zeitpunkt der Kündigung mit der Bezahlung der Löhne für die Monate Dezember 2010 und Januar 2011 sowie des dreizehnten Monatslohns 2010 im Verzug. Der Kläger hatte sie mehrmals gemahnt. Bei dieser Ausgangslage war er auch gestützt auf Art. 337 OR zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses berechtigt.

c) Die Vorinstanz errechnete einen Schadenersatzanspruch des Klägers zufolge rechtmässiger fristloser Kündigung von Fr. 7'660.30 brutto bzw. Fr. 6'636.90 netto. Diese Berechnung wurde von der Beklagten nicht beanstandet, weshalb es dabei sein Bewenden hat.

5. Hinsichtlich des strittigen Ferienlohns (Fr. 535.70 brutto bzw. Fr. 464.– netto) beantragte die Beklagte zwar die Abweisung des klägerischen Begehrens, brachte aber keine entsprechende Rüge vor. Insofern ist auf die Berufung mangels Begründung nicht einzutreten.

6. a) Zum Zeugnisberichtigungsbegehren äusserte sich die Beklagte in der Klageantwort vor Vorinstanz lediglich dahingehend, dass ein Arbeitszeugnis keinen Wunschzettel darstelle, weshalb sie die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses nach der Vorlage des Klägers ablehne (Urk. 15 S. 17). In ihrem Schreiben an die Vorinstanz vom 6. September 2012, mit welchem sie deren Vergleichsvorschlag ablehnte, führte die Beklagte aus, dass das vorgeschlagene Arbeitszeugnis ihrer Auffassung nach der Wahrheit widerspreche und geeignet sei, ihre Position in einem Schadenersatzprozess mit einer Dritten um einen Softwarevertrag zu verschlechtern (Urk. 26). Im Rahmen ihres zweiten Vortrages brachte die Beklagte noch einmal zum Ausdruck, dass sie mit dem Berichtigungsbegehren nicht einverstanden sei (Prot. I S. 21). Konkret nahm die Beklagte zum Begehren des Klägers nie Stellung. Sie äusserte sich jedoch zum Vorfall, der zum genannten Schadenersatzprozess geführt haben soll. Sie habe angeordnet, dass die Programmpakete des von ihr bestellten Geodaten-Managementprogramms angesichts der Untauglichkeit dieses Programms nicht geöffnet werden dürften. So habe sie die Annahme der Leistung gemäss Lizenzbedingungen zu verhindern versucht. Der Kläger habe sich über diese Anweisungen hinweggesetzt und sogar Schulungen für das Programm angeordnet (Prot. I S. 18 f.). Obschon die Beklagte diesen Vorfall nicht in einen erkennbaren Zusammenhang zur Beurteilung der Leistung und des Verhaltens des Klägers im Arbeitszeugnis setzte, nahm die Vorinstanz dazu Stellung und hielt fest, dass der angebliche Vorfall mitnichten eine gravierende Pflichtverletzung darstelle, die im Rahmen der Wahrheitspflicht bei der Zeugnisredaktion zu berücksichtigen wäre. Die Vorinstanz setzte sich alsdann mit den Änderungsanträgen des Klägers im Einzelnen auseinander und hiess diese nur zum Teil gut. Neben einigen formellen Änderungen wurde inhaltlich wenig abgeändert.

b) Mit der Berufung beantragt die Beklagte wiederum die vollumfängliche Abweisung des Zeugnisberichtigungsbegehrens, setzt sich aber mit den Erwägungen der Vorinstanz kaum auseinander. Die Begründung der Beklagten fusst im Wesentlichen darauf, dass der Vorfall mit den Softwarepaketen zeige, dass der Kläger nicht in der Lage gewesen sei, einfachste Führungsaufgaben zu

erfüllen (Urk. 38 S. 28). Erneut versäumt es die Beklagte aber darzulegen, inwiefern der angebliche Vorfall ihrer Ansicht nach im Zeugnis Niederschlag finden soll. Auf die Aufgabenbeschreibung kann der Vorfall von vornherein keine Auswirkung haben. Er entbindet die Beklagte auch nicht von ihrer generellen Pflicht, dem Kläger ein vollständiges, wahres und wohlwollendes Schlusszeugnis auszustellen. Es bleibt die Beurteilung von Leistung und Verhalten. Die Beklagte bringt dazu in der Berufung weitere Punkte vor. Die Behauptung, dass es nicht nur zu einzelnen Missstimmigkeiten gekommen sei, sondern zu mehrfachen Rügen aufgrund wiederholten Versagens (vgl. Urk. 38 S. 27), ist allerdings neu und damit unzulässig im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO. Ebenfalls als verspätet erweisen sich die Ausführungen betreffend angeblich voreiliger Buchung und Stornierung einer Asienreise durch den Kläger (vgl. Urk. 38 S. 28). Damit ist nur der eine (bestrittene) Vorfall zu beurteilen. Selbst wenn sich dieser so zugetragen haben sollte, wie es die Beklagte schilderte, ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass eine einmalige Verfehlung nicht dazu führen kann, dass die Arbeitsleistung und das Verhalten des Klägers nicht mehr als gut qualifiziert werden könnten (vgl. die Formulierungen der Vorinstanz: "Seine Aufgaben erfüllte er stets zu unserer vollen Zufriedenheit. [...] Sein Verhalten gegenüber seinem Team, seinen Bereichsleiterkollegen und der Geschäftsführung war stets korrekt und zuvorkommend. Aufgrund seines überzeugenden Auftretens und seiner Fachkompetenz war auch das Verhalten gegenüber Kunden, Auftraggebern und externen Partnern immer einwandfrei."). Unbeachtlich, weil verspätet vorgebracht, ist schliesslich auch die Behauptung der Beklagten, der Kläger habe das von ihr ausgestellte Arbeitszeugnis bereits für eine neue Anstellung erfolgreich verwendet (vgl. Urk. 38 S. 27). Es ergibt sich letztlich, dass die Berufung auch in diesem Punkt abzuweisen ist.

7. Die Vorinstanz verpflichtete die Beklagte zur Auskunftserteilung hinsichtlich der während der Dauer des Arbeitsverhältnisses abgeführten Sozialversicherungsbeiträge. Die Beklagte bringt diesbezüglich vor, der Kläger mache seinen Informationsanspruch nur aus Wichtigtuerei und Neugierde geltend und die verlangten Auskünfte seien nicht von Relevanz. Die Sorge sei gross, dass jede kleine Information, sei sie auch positiv, vom Rechtsvertreter des Klägers

missbraucht werde (Urk. 38 S. 29). Die Vorbringen der Beklagten sind verspätet und gehen überdies an der Sache vorbei. Die Vorinstanz hielt fest, dass für den Kläger eine berechnete Unsicherheit hinsichtlich der pflichtgemässen Beitragsleistung durch die Beklagte bestehe. Die Berufung erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet.

8. Bezüglich der Lohnabrechnungen und Lohnausweise hält die Beklagte in der Berufung fest, dass diese dem Kläger immer fristgerecht ausgehändigt worden seien. Erforderliche Anpassungen würden in den Lohnabrechnungen und Lohnausweisen gemacht und diese Belege dem Kläger zugestellt (Urk. 38 S. 29). Genau darum geht es. Weil dem Kläger, wie gesehen, weitere Lohn- und Entschädigungsansprüche zustehen, sind auch die Lohnabrechnungen entsprechend anzupassen. Das entsprechende Begehren des Klägers wurde demzufolge zu Recht gutgeheissen.

9. Zusammenfassend erweist sich die Kritik der Beklagten am angefochtenen Entscheid als offensichtlich unbegründet resp. unzulässig. Die Berufung ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. In Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheides ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 8'196.– brutto bzw. Fr. 7'101.– netto nebst Zins zu 5 % seit dem 15. April 2011 zu bezahlen. Weiter ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger ein Arbeitszeugnis gemäss den Vorgaben der Vorinstanz aus- und zuzustellen. Ferner ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Auskunft über die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge zu erteilen und ihm berichtigte Lohnabrechnungen und Lohnausweise aus- und zuzustellen.

IV.

1. Die Gerichtsgebühr sowie Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren wurden hinsichtlich ihrer Höhe nicht beanstandet, weshalb sie so zu belassen sind. Die Beklagte wendet sich einzig gegen die Kostenverlegung der Vorinstanz. Abgesehen davon, dass die Beklagte einen anderen Verfahrensausgang unterstellt, macht sie geltend, dass sie in Bezug auf das

Arbeitszeugnis schon immer kooperativ gewesen sei und Änderungen eingebaut habe (Urk. 38 S. 30). Aktenkundig ist, dass die Beklagte dem Kläger am 19. Januar 2011 ein Arbeitszeugnis ausstellte (Urk. 4/29). Der Kläger verlangte bereits mit Schreiben vom 2. Februar 2011, dass dieses in verschiedenen Punkten abgeändert werde, und machte letztlich mit der vorliegenden Klage ein Zeugnisberichtigungsbegehren anhängig. Die Behauptung der Beklagten, die verlangten Korrekturen seien anerkannt worden und dem Kläger sei am 16. März 2011 ein entsprechendes Arbeitszeugnis zugestellt worden (vgl. Urk. 38 S. 27), wurde erstmals im Berufungsverfahren und damit verspätet im Sinne von Art. 317 Abs.1 ZPO vorgebracht. Die erstinstanzliche Kostenverlegung ist somit zu bestätigen.

2. Vor der Berufungsinstanz sind die Abschreibung des Verfahrens zufolge Anerkennung im Umfang von Fr. 15'678.65 brutto (Differenz zwischen Fr. 35'632.– und Fr. 19'953.35), Lohn- und Entschädigungsansprüche in der Höhe von Fr. 8'196.– brutto sowie das Zeugnisberichtigungsbegehren umstritten. Für Letzteres setzte die Vorinstanz einen halben Monatslohn (Fr. 4'500.–) ein, was nicht zu beanstanden ist. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'800.– festzulegen und ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mangels relevantem Aufwand ist dem Kläger für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung gegen die Dispositivziffern 1 und 2 des Beschlusses des Arbeitsgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 5. Juni 2013 wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 8'196.– brutto bzw. Fr. 7'101.– netto nebst Zins zu 5 % seit dem 15. April 2011 zu bezahlen.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger ein Arbeitszeugnis mit folgendem Wortlaut aus- und zuzustellen:

"Arbeitszeugnis

Herr B._____, geboren am tt.mm.1974 in E.____ [Stadt in asiatischem Land], war vom 1. September 2008 bis zum 21. Februar 2011 als Gesamtleiter Wirtschaftsgeographie in unserem Unternehmen tätig.

Zusätzlich zum Aufbau und zur Führung der Wirtschaftsgeographie wurde Herrn B._____ im Zuge unserer internationalen Expansionsstrategie im Frühjahr 2009 die Aufgabe unserer Geschäftsentwicklung in ... übertragen. In seiner Funktion unterstand Herr B._____ direkt der Geschäftsführung.

Als Gesamtleiter eines Teams von bis zu sechs Mitarbeitenden war Herr B._____ mit einem vielseitigen und anspruchsvollen Aufgabengebiet betraut, welches ein hohes Mass an Verantwortungsbewusstsein erfordert.

Zu seinen Hauptaufgaben gehörten:

- Führung und Koordination der Aktivitäten im Fachbereich Wirtschaftsgeographie
- Stellvertretung des CEO
- Strategische Projektakquise in der Schweiz, in Deutschland und in ...
- Gesamtverantwortung für den Bereich Standort- und Immobilienresearch
- Immobilienmarkt- und Standortanalysen: Datensammlung, -aufbereitung und statistische Analysen von immobilienmarktrelevanten Indikatoren
- Abklärung von bau- und planungsrechtlichen Vorgaben
- Erarbeitung von integrierten Nachhaltigkeitsanalysen für diverse Immobilienentwicklungsprojekte im In- und Ausland in Kooperation mit einem Schweizerischen Partnerunternehmen
- Projektbezogene Mitarbeiterzuteilung und Betreuung der Wirtschaftsgeographen an der Schnittstelle zur Architektur und Projektentwicklung
- Umsetzung der Personalpolitik für den Bereich der Wirtschaftsgeographie (Personalrekrutierung, -erhaltung, -entwicklung und -freisetzung)
- Einführung des unternehmensinternen Geographischen Informationssystems (GIS) einschliesslich Weiterbildungsmaßnahmen für Mitarbeitende in diesem Bereich
- Verantwortung für das Qualitätsmanagement im Bereich Wirtschaftsgeographie und laufende Weiterentwicklung der Firmenprozesse
- Inhaltliche Federführung und Moderation der Unternehmens-Vortragsreihe »...«

Als Bereichsleiter für die internationale Expansion unserer Firmengruppe war Herr B. _____ zuständig für folgende Schwerpunktaufgaben (eigenverantwortlich oder in direkter Zusammenarbeit mit der Geschäftsführung):

- Markteintrittsvorbereitung für ... und ...
- Planung und Durchführung von Markterkundungsreisen sowie Reisen zum Zwecke der zielorientierten Geschäftsentwicklung (...)
- Lizenzierungsverfahren zur Eröffnung einer Büro-Repräsentanz in ... (...) in Kooperation mit einem lokalen Partnerunternehmen
- Akquise und Evaluation von Projekten im Bereich »Integrated Township Development« in ..., ..., ... und ... (...)
- Rekrutierung von lokalen Personalkräften (General Manager, Projektmitarbeiter) für das Representative Office in ...
- Ausarbeitung und Verhandlung von Rahmenbedingungen für ein Joint-Venture mit einem potenziellen Partnerunternehmen aus ...
- Marktpotenzialanalysen und Erarbeitung von nachhaltigkeitsorientierten Nutzungskonzepten für Arealentwicklungen in ... und ... (...)

Herr B. _____ hat sich sehr mit seinen Aufgaben und den Unternehmenszielen identifiziert. Aufgrund seines ausgeprägten Fachwissens und seiner Leistungskompetenz hatte das Unternehmen ihn kurz nach seinem Eintritt für strategische Unternehmensentscheidungen eingesetzt. Auch zeigte er keinerlei Berührungängste mit neuen Themen und Aufgabenstellungen, sondern eignete sich selbstständig das erforderliche Wissen an, fragte kritisch nach und bewertete konstruktiv und eigenständig. Seine Aufgaben erfüllte er stets zu unserer vollen Zufriedenheit.

Er hat seine Mitarbeitenden zielorientiert geführt und die Belange der Wirtschaftsgeographie an den Schnittstellen zu den Unternehmensbereichen Architektur, Projektentwicklung und Projektsteuerung koordiniert. Zur Übernahme von Verantwortung war Herr B. _____ jederzeit bereit und forderte diese auch ein. Er verfügt über ein sehr gutes analytisch-konzeptionelles und zugleich pragmatisches Urteils- und Denkvermögen.

Gleichzeitig zeichnet sich Herr B. _____ durch grosse interkulturelle Sozialkompetenz aus. Er war stets auf den Erfolg und das Arbeitsklima bedacht. Herr B. _____ ist kritikfähig und schätzt andere Meinungen und Perspektiven, die er gewinnbringend für seine spezifischen Belange einsetzt. Sein Verhalten gegenüber seinem Team, seinen Bereichsleiterkollegen und der Geschäftsführung war stets korrekt und zuvorkommend. Aufgrund seines überzeugenden Auftretens und seiner Fachkompetenz war auch das Verhalten gegenüber Kunden, Auftraggebern und externen Partnern immer einwandfrei.

Herr B. _____ verlässt unser Unternehmen auf eigenen Wunsch. Wir danken Herrn B. _____ für seine geleisteten Dienste in unserem Unternehmen und wünschen ihm für seine berufliche Zukunft alles Gute und viel Erfolg.

A. _____ AG

C. _____
CEO

Zürich, 21. Februar 2011"

3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Auskunft über die Höhe der von ihr während der Dauer des Arbeitsverhältnisses vom 1. September 2008 bis zum 21. Februar 2011 abgeführten Beiträge an die Sozialversicherungen (AHV, IV, ALV, EO, SUVA, KTG, Pensionskasse) zu erteilen.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger berichtigte Lohnabrechnungen für die Monate Dezember 2010, Januar 2011 und Februar 2011 aus- und zuzustellen.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger berichtigte Lohnausweise für die Jahre 2010 und 2011 aus- und zuzustellen.
6. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositivziffern 7 bis 9) wird bestätigt.
7. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 3'800.– festgesetzt.
8. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
9. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
10. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage des Doppels von Urk. 38, sowie an das Arbeitsgericht Zürich, 1. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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

11. 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. 28'374.65.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 11. Oktober 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. H. Dubach

versandt am:
se