

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA150006-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. L. Stünzi

Urteil vom 27. Oktober 2015

in Sachen

A. _____,

Beklagter, Widerkläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Verein B. _____,

Kläger, Widerbeklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y. _____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Winterthur vom
12. Dezember 2014 (AF120002-K)**

Rechtsbegehren:

A. Des Klägers und Widerbeklagten (Urk. 1 und 25)

- "1. A. _____ sei zu verpflichten, den Betrag von Fr. 7'268.70 zuzüglich 5 % Zins seit dem 10. Oktober 2011 sowie die Kosten des Zahlungsbefehls in Höhe von Fr. 73.– an den Verein B. _____ zu bezahlen.
2. Die Widerklage vom 23. Januar 2013 sei abzuweisen, sofern darauf überhaupt einzutreten sei.
3. A. _____ habe dem Verein B. _____ eine angemessene Parteientschädigung zu entrichten.
4. A. _____ habe die Kosten von Verfahren und Entscheid zu tragen."

B. Des Beklagten und Widerklägers (Urk. 25)

- "1. Die Klage sei abzuweisen.
2. Der Kläger sei widerklageweise zu verpflichten, dem Beklagten für das Nichteinhalten der Kündigungsfrist eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 14'000.– im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR zu zahlen.
3. Das Betreibungsamt Winterthur-Wülflingen sei anzuweisen, die ungerechtfertigte Betreibung Nr. ... zu löschen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MwSt zu 8 %)."

Urteil des Arbeitsgerichts Winterthur vom 12. Dezember 2014:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 7'268.70.– nebst Zins zu 5 % seit 3. November 2011 sowie Fr. 73.– Zahlungsbefehlskosten zu bezahlen.
2. Die Widerklage wird abgewiesen soweit darauf eingetreten wird.
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.– (inkl. 8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen, zahlbar an den Vertreter des Klägers.

5. (Mitteilung)
6. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

Des Beklagten, Widerklägers und Berufungsklägers (Urk. 45A und Urk. 45B):

- " 1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben [.]
2. Dem Berufungskläger sei eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 14'000.– im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR zuzusprechen [.]
 3. Das Betriebsamt Winterthur-Wülflingen sei anzuweisen, die ungerechtfertigte Betreibung Nr. ... zu löschen.
 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. MWSt).

Der Klägerin, Widerbeklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 54):

- " 1. Die Berufung vom 10. Februar 2015 gegen das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 12. Dezember 2014 (AF120002-K) sei abzuweisen, sofern darauf überhaupt einzutreten sei.
2. Die Widerklage vom 10. Februar 2015 sei abzuweisen, sofern darauf überhaupt einzutreten sei.
 3. A._____ habe die Kosten von Verfahren und Entscheid des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens zu tragen.
 4. Dem Verein B._____ sei für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren zu Lasten von A._____ eine angemessene Entschädigung zu entrichten."

Erwägungen:

A. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Der Beklagte, Widerkläger und Berufungskläger (fortan Beklagter) war seit dem Jahr 2003 beim Kläger, Widerbeklagten und Berufungsbeklagten (fortan Kläger) als Dozent tätig. Ab dem Jahr 2008 wurde das bisherige Arbeitsverhältnis auf Wunsch des Beklagten in ein Mandatsverhältnis umgewandelt und der Beklagte

fortan auf Honorarbasis entschädigt. (Urk. 26/3). Da der Beklagte von den zuständigen Ausgleichskassen aber in der Folge nicht als Selbständigerwerbender anerkannt wurde, musste der Kläger die dem Beklagten ausbezahlten Honorare nachträglich als Löhne verbuchen und die Sozialversicherungsabgaben der Jahre 2007, 2008 und 2009 nachzahlen. Im vorliegenden Verfahren verlangt der Kläger die Rückerstattung der darin enthaltenen Arbeitnehmerbeiträge im Betrag von Fr. 7'268.70.

2. Das Pensum des Beklagten wurde jedes Semester nach den Bedürfnissen des Klägers neu festgelegt (Urk. 14/2 Ziff. 2.1). Mit E-Mail vom 6. Mai 2009 wurde dem Beklagten mitgeteilt, dass er auf Grund von verschiedenen Vorkommnissen in der Vergangenheit und seines nicht loyalen Verhaltens in den kommenden Semestern keine Lehraufträge erhalten werde. Was die laufenden Module betreffe, werde erwartet, dass diese in korrekter Erfüllung der Verpflichtung als Dozent ausgeführt würden (Urk. 26/5). Der Beklagte reagierte darauf mit einem E-Mail vom gleichen Tag und teilte mit, die Zusammenarbeit mit dem Kläger "vorerst auf Eis zu legen", bis sämtliche offenen Punkte geklärt seien. Er sei gerne bereit, seine Arbeit wieder aufzunehmen, wenn sämtliche Punkte restlos geklärt und der Kläger seinen Pflichten nachgekommen sei (Urk. 26/5a). Der Beklagte wurde daraufhin mit Schreiben vom 12. Mai 2009 von seiner Tätigkeit mit sofortiger Wirkung freigestellt (Urk. 26/6). Der Beklagte erachtet dieses Vorgehen des Klägers als ungerechtfertigte fristlose Entlassung.

3. Am 15. Oktober 2012 reichte der Kläger unter Beilage der Klagebewilligung vom 12. Juli 2012 bei der Vorinstanz die vorliegende arbeitsrechtliche Klage ein (Urk. 1 und 2), mit welcher er die von ihm nachbezahlten Arbeitnehmerbeiträge geltend macht. Der Beklagte erhob mit der Klageantwort vom 23. Januar 2013 Widerklage und verlangt seinerseits eine Entschädigungszahlung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung (Urk. 13). Die Vorinstanz erliess nach Durchführung der Hauptverhandlung den eingangs zitierten Entscheid (Urk. 41).

4. Hiergegen reichte der Rechtsvertreter des Beklagten innert Frist schriftlich und begründet Berufung ein (Urk. 45A). Am gleichen Tag ging hierorts eine ergänzte Berufungsschrift des Beklagten persönlich ein (Urk. 45B). Beide Schriften

wurden dem Kläger zur Erstattung der Berufungsantwort zugestellt (Urk. 53). Diese ging unter dem Datum vom 20. April 2015 hierorts ein (Urk. 54) und wurde dem Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 55). Daraufhin liess sich der Beklagte unaufgefordert erneut vernehmen (Urk. 57 und Urk. 59/A-E), was dem Kläger zur Kenntnis gebracht wurde.

B. Vorbemerkungen

1. Gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO gilt in arbeitsrechtlichen Verfahren mit einem Streitwert von nicht mehr als Fr. 30'000.– der Untersuchungsgrundsatz, d.h. das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest. In diesem Zusammenhang ist jedoch daran zu erinnern, dass die klagende Partei das sogenannte Klagefundament, d.h. die die Klage begründenden Tatsachen im Hauptverfahren zu behaupten hat. Dieser Grundsatz bleibt von der in arbeitsrechtlichen Verfahren geltenden Untersuchungsmaxime unberührt; ungeachtet der dem Richter überbundenen Sachverhaltsermittlung sind die Parteien auch hier von der Behauptungs- und Substantiierungspflicht nicht entbunden.

2. Weiter ist in prozessualer Hinsicht zu beachten, dass neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch zu berücksichtigen sind, wenn sie - kumulativ - ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Tatsache, dass im vorliegenden arbeitsrechtlichen Verfahren der Untersuchungsgrundsatz gilt, ändert daran nichts. Die entscheidende Kammer hat sich bereits mehrfach mit dieser Problematik auseinandergesetzt und entschieden, dass in zweiter Instanz Noven nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig sind, dies auch dann, wenn der Sachverhalt wie im vorliegenden Fall im Sinne des sozialen Untersuchungsgrundsatzes von Amtes wegen festzustellen ist (vgl. dazu insb. ZR 110 Nr. 96, m.w.H., insb. den dortigen Hinweis auf BGE 107 II 233 E. 3 und BGE 118 II 50 E. 2a sowie ZR 111 Nr. 35; BGE 138 III 625 E. 2.2). Die vom Beklagten am 13. Mai 2015 eingereichte Stellungnahme mitsamt Belegen (Urk. 57 und Urk. 59/A-E) ist vor diesem Hintergrund unbeachtlich, soweit sie nicht Vorbringen betrifft, welche schon in den erstinstanzlichen Prozess eingebracht wurden.

3. Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

C. Rückforderung der Arbeitnehmerbeiträge

1. Der Kläger hat im Jahr 2011 auf Aufforderung der Ausgleichskasse des Kantons Wallis Fr. 17'759.40 an Sozialversicherungsbeiträgen für den Beklagten für die Jahre 2007 bis 2009 nachbezahlt (Urk. 3/3). Die Vorinstanz ging ungeachtet des abgeschlossenen Mandatsvertrages von einem Arbeitsvertrag aus und verpflichtete den Beklagten in Gutheissung der Klage zur Rückerstattung der von der Klägerin nachbezahlten Arbeitnehmerbeiträge von Fr. 7'268.70. Hiergegen wehrt sich der Beklagte im Berufungsverfahren und macht geltend, die korrekte Anmeldung eines Arbeitnehmers bei den Sozialversicherungen sei Sache des Arbeitgebers. Wenn der Arbeitgeber dies versäume und aufgrund dessen eine Nachzahlung leisten müsse, könne dies nicht auf den Arbeitnehmer abgewälzt werden. Dieser dürfe sich nämlich darauf verlassen, dass der ihm ausbezahlte Lohn seinem Nettolohn entspreche und nicht Jahre später Abzüge gemacht würden (Urk. 45A S. 2).

2. Der Ansicht des Beklagten kann nicht gefolgt werden. Aufgrund der Umstände ergibt sich, dass die Parteien übereinstimmend von einer selbständigen Tätigkeit des Beklagten ausgegangen sind. Der ursprüngliche Arbeitsvertrag zwischen den Parteien vom 21. April 2006 (Urk. 26/1) wurde in eine Mandatsvereinbarung zwischen dem Kläger und der vom Beklagten gegründeten C._____ umgewandelt (Urk. 26/3). Der Beklagte selber hatte dem Kläger mit E-Mail vom 3. Oktober 2007 mitgeteilt, dass er zwischenzeitlich seine eigene Firma gegründet habe, weshalb er nun selbständigerwerbend sei (Urk. 26/2). Als der Kläger dem Beklagten im Februar 2008 ein Lohnblatt für die Monate November und Dezember 2007 sowie Januar und Februar 2008 zustellte, protestierte Letzterer dagegen und führte aus, er sei im Mandatsverhältnis für den Kläger tätig, weshalb sich ein Lohnblatt erübrige (Urk. 26/4). In Ziffer 4.2 der Mandatsvereinbarung wird ausdrücklich festgehalten, dass sämtliche Aspekte betreffend Sozialversicherungen Sache des Auftragnehmers, also des Beklagten, seien (Urk. 26/3 S. 4). Die Parteien gingen demnach davon aus, dass sich der Kläger mit der Bezahlung der

Honorare an den Beklagten von sämtlichen finanziellen Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Beschäftigung des Beklagten befreie und der Beklagte seiner Stellung entsprechend sämtliche Sozialbeiträge selber entrichte. Dies hat der Beklagte offensichtlich nicht getan, weshalb der Kläger - nachdem die Ausgleichskassen die Selbständigkeit des Beklagten nicht anerkannt hatten - eine Nachzahlung leisten musste. Zwar ist es zutreffend, dass die Anmeldung bei den Sozialversicherungen grundsätzlich Sache des Arbeitgebers und ein entsprechendes Versäumnis nicht den gutgläubigen Arbeitnehmer treffen darf (so der Beklagte in Urk. 45A S. 2). Vorliegend war die unterlassene Anmeldung bei den Sozialversicherungen aber nicht auf ein Versäumnis des Klägers zurückzuführen, sondern auf die irrtümliche Annahme, dass dem Beklagten der Status als Selbständigerwerbender zukomme und dieser die Sozialversicherungsbeiträge entsprechend selber einbezahle. Dass dies nicht eingetroffen ist, ist beides nicht dem Kläger anzulasten. Dass sich der Beklagte nicht darauf verlassen konnte, dass die ausbezahlten Honorare dem Nettolohn entsprechen (so der Beklagte in Urk. 45A S. 2), ergibt sich in der konkreten Konstellation schon daraus, dass der Beklagte (wie auch der Kläger) aufgrund des Mandatsverhältnisses von gar keiner Lohnzahlung ausgegangen ist und die Nachzahlung der Sozialversicherungsbeiträge einzig deshalb angefallen ist, weil der Beklagte entgegen seiner vermeintlichen Stellung als Selbständigerwerbender keine Beiträge an die Ausgleichskassen abgeführt hat. Im Lichte dieser Ausführungen ist nicht nachvollziehbar, weshalb der Kläger neben den Arbeitgeberbeiträgen - welche er seiner Verpflichtung entsprechend nach der Umwandlung der Honorare in Lohnzahlungen übernommen hat - auch für die Arbeitnehmerbeiträge, welche er im Wissen um die Unselbständigkeit des Beklagten von seinem Lohn abgezogen hätte, selber aufkommen sollte.

3. Der betragsmässige Umfang der Arbeitnehmerbeiträge wurde im vorinstanzlichen Verfahren nicht bestritten. Die vom Beklagten erst im Berufungsverfahren erhobene Rüge, der eingeklagte Betrag umfasse auch die von der Arbeitgeberin zu tragenden FAK-Beiträge sowie dem Beklagten bereits im Jahr 2007 vom Lohn abgezogene Arbeitnehmerbeiträge (Urk. 45A S. 2) erfolgt mit Verweis auf das Novenrecht (vgl. Erw. B.2) verspätet und ist daher unbeachtlich. Der Zinsenlauf

sowie die Übernahme der Zahlungsbefehlskosten blieb im Berufungsverfahren unbestritten.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beklagte zu verpflichten ist, dem Kläger den Betrag von Fr. 7'268.70 nebst Zins zu 5 % seit 3. November 2011 sowie Fr. 73.– Zahlungsbefehlskosten zu bezahlen.

D. Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung

1. Der Beklagte macht widerklageweise eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung geltend. Er hielt vor Vorinstanz dafür, dass der Kläger ihn mit Schreiben vom 12. Mai 2009 zwar mit sofortiger Wirkung freigestellt habe, dies aber eine verkappte fristlose Entlassung sei. Er habe keine Lehraufträge mehr erhalten und sei so "auf kaltem Weg" fristlos entlassen worden. Dass die Weiterbeschäftigung des Beklagten nicht unzumutbar gewesen sei, zeige sich daran, dass er nach dem 12. Mai 2009 noch an mehreren Tagen als Dozent im Einsatz gewesen sei (Urk. 13 S. 2 f.; Urk. 27 S. 2 ff.).

2. Die Vorinstanz hat sich nicht zur Qualifikation der Freistellung geäußert. Sie hielt einzig fest, dass die Freistellung aufgrund des beklaglichen Verhaltens gerechtfertigt gewesen sei, weshalb keine Entschädigungspflicht bestehe (Urk. 46 S. 9 f.). Der Beklagte hält im Berufungsverfahren daran fest, dass der Kläger das Arbeitsverhältnis mit ihm mit Schreiben vom 12. Mai 2009 mit sofortiger Freistellung beendet habe. Obwohl das Schreiben als "sofortige Freistellung" betitelt gewesen sei, handle es sich faktisch um eine fristlose Entlassung, da ihm nach der Freistellung kein Lohn ausbezahlt worden sei. Für eine solche fristlose Kündigung habe kein wichtiger Grund bestanden (Urk. 45A S. 2-6). Der Kläger beanstandet in der Berufungsantwort die rechtliche Qualifikation des Vertragsverhältnisses durch die Vorinstanz und die Anwendbarkeit der arbeitsvertraglichen Bestimmungen des OR nicht, weist aber den Vorwurf der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung zurück (Urk. 54 S. 6 f. Ziff. 9, Ziff. 12).

3. Freistellung als Kündigung

3.1 Zunächst gilt es zu klären, ob - und wenn ja, auf wann - das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien aufgelöst worden ist. Weder der Beklagte noch der Kläger behaupten nämlich, dass effektiv eine Kündigung ausgesprochen worden sei. Vielmehr argumentiert der Beklagte, dass die sofortige Freistellung einer fristlosen Kündigung gleichkomme, weil er keine Lehraufträge und damit keine Entschädigungen mehr erhalten habe (Urk. 45A S. 4). Der Kläger selber äusserte sich im gesamten Verfahren nicht zur Qualifikation der Freistellungserklärung.

3.2 In der Praxis bereitet die Unterscheidung zwischen Freistellung und Kündigung zuweilen Schwierigkeiten. Weil auch für eine Kündigung grundsätzlich keine Formerfordernisse bestehen, werden Freistellungserklärungen immer wieder als konkludente Kündigungen interpretiert. Vom Vorliegen einer konkludent ausgesprochenen Kündigung ist aber nur mit grosser Zurückhaltung auszugehen, da die Kündigung grundsätzlich klar und unmissverständlich den Willen zur Vertragsbeendigung zum Ausdruck bringen muss (Blesi, Die Freistellung des Arbeitnehmers, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010, S. 49 f.). Bei einer Kündigung dürfen keine Zweifel mit Bezug auf die Umgestaltung der Rechtslage bestehen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 335 N 2; ZK-Staehelin, Art. 335 N 4; BSK OR I-Portmann, Art. 335 N 8; Portmann/Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Rz 663). Die in Frage stehende Erklärung des Arbeitgebers ist nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Es gilt dabei im Einzelfall herauszufinden, ob der Empfänger nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte und musste, der Arbeitgeber strebe eine definitive Lösung an. Dies trifft in der Regel dann zu, wenn die Freistellung zusammen mit einer gültigen Kündigung ausgesprochen wird. Ob dies auch gelten soll, wenn eine solche fehlt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (BGer 4C.405/1992 vom 21. Mai 1993 E. 2c).

3.3 Im vorliegenden Fall ist das vom Beklagten als Kündigung interpretierte Schreiben vom 12. Mai 2009 mit "Sofortige Freistellung von der Dozierendentätigkeit an der B._____" betitelt. Der Wortlaut legt entsprechend die Annahme einer Freistellung nahe. Bei unklaren Verhältnissen ist aber der Gesamtzusammenhang

zu berücksichtigen, in welchem eine Erklärung abgegeben wurde, da sich der Inhalt einer Erklärung nicht alleine nach ihrem Wortlaut beurteilt (Blesi, a.a.O., S. 50 mit Verweis auf BGE 123 III 165 E. 3a). Der auszulegenden Freistellungserklärung ist am 6. Mai 2009 die Mitteilung des Klägers vorausgegangen, dass der Beklagte auf Grund verschiedener Vorkommnisse in der Vergangenheit sowie seines illoyalen Verhaltens in den nächsten Semestern keine Lehraufträge erhalten werde (Urk. 26/5). Der Kläger brachte damit zum Ausdruck, auf unbestimmte Zeit nicht auf die Arbeitsleistung des Beklagten zurückzugreifen. Als der Beklagte daraufhin androhte, die Zusammenarbeit mit dem Kläger vorerst auf Eis zu legen, bis sämtliche offenen Punkte geklärt seien und gleichzeitig ausführte, ein persönliches Gespräch sei schon seit langem zwingend und nun unabdingbar geworden (Urk. 26/5a), verweigerte der Kläger ein Gespräch mit dem Beklagten, da es nichts zu regeln gäbe (Urk. 26/6). Der Kläger zeigte damit keinerlei Interesse, die bestehenden Konflikte - welche ihn dazu veranlasst hatten, auf unbestimmte Zeit keine weiteren Pensen zuzuteilen - aus der Welt zu räumen. In der Freistellungserklärung erwähnte er zudem Vorkommnisse, welche die Zusammenarbeit belasteten. Auf das Beharren des Beklagten auf der Einhaltung der vereinbarten Kündigungsmodalitäten und insbesondere an den ihm schriftlich zugesprochenen Nominierungen für das Herbstsemester 2009 (Urk. 28/5) erfolgte keine Reaktion des Klägers. Zumindest ist aus den Akten keine solche ersichtlich. Die vom Kläger an den Tag gelegte Verhaltensweise lässt einzig den Schluss zu, dass er keinerlei Interesse an einer Weiterbeschäftigung des Beklagten hatte und das Vertragsverhältnis beenden wollte. Die fehlende Bereitschaft zu einer Konfliktbewältigung zeigt klar auf, dass eine weitere Zusammenarbeit für den Kläger nicht denkbar war und eine solche auch nicht angestrebt wurde. Nach Treu und Glauben musste der Beklagte davon ausgehen, dass der Kläger eine definitive Lösung in Form einer Beendigung des Vertragsverhältnisses bezweckte. Es ist damit von einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Kläger auszugehen.

4. Ordentliche oder ausserordentliche Kündigung

4.1 Im Weiteren ist zu klären, auf wann der Kläger die Kündigung ausgesprochen hat, oder mit anderen Worten, ob eine ordentliche oder ausserordentliche

Kündigung vorliegt. Auch dies ist im Rahmen einer Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu ermitteln. Hat sich die kündigende Partei bloss über die Länge der Kündigungsfrist geirrt oder diese unrichtig berechnet oder ging die Kündigung dem Empfänger wieder erwarten verspätet zu, ist von einer ordentlichen Kündigung auszugehen, welche allerdings die beabsichtigte Wirkung erst auf den nächstzulässigen Termin entfalten kann (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335 N 22; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 335 N 7). Demgegenüber liegt ein erhebliches Indiz für eine ausserordentliche Kündigung vor, wenn nur eine relativ kurze Frist eingehalten wird, obwohl die massgebende vertragliche oder gesetzliche Frist erheblich länger ist. Auch das bewusste Festhalten an einer vertragswidrigen Kündigung kann auf eine ausserordentliche Kündigung hindeuten (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 335 N 7).

4.2 Gemäss Mandatsvereinbarung war das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien nur auf das Ende eines Studienseesters kündbar. Eine Kündigung auf Ende des Herbstsemesters hatte bis spätestens am 20. Dezember zu erfolgen. Eine Kündigung auf das Ende des Frühjahrssemesters hatte bis spätestens am 30. April zu erfolgen (Urk. 14/2 Ziff. 7). Gestützt darauf hätte eine anfangs Mai 2009 erfolgte Kündigung erst auf Ende des Herbstsemesters Wirkungen entfalten können. Wann das Herbstsemester endet, geht aus den Akten nicht zweifelsfrei hervor. Es liegen diesbezüglich keine Belege im Recht. Der Beklagte hat im Rahmen der Klageantwort und Widerklagebegründung ausführen lassen, dass die Kündigung erst per 28. Februar 2010 gültig gewesen wäre (Urk. 13 S. 3). Mangels Widerspruch des Klägers ist von diesem Datum als Ende des Herbstsemesters auszugehen. Der Kläger hat dem Beklagten im Mai 2009 kundgetan, dass er bis auf Weiteres nicht mehr als Dozent eingesetzt und von seiner Tätigkeit freigestellt werde. Er hat damit mehr als ein halbes Jahr der Kündigungsfrist gekürzt. Auch nachdem der Beklagte ihn mit Schreiben vom 14. Mai 2009 darauf hingewiesen hat, dass die vertraglich vereinbarten Kündigungsmodalitäten einzuhalten seien und dies bedeute, dass sämtlich Leistungen bis zu Beginn des Frühjahrssemester 2010 zu übernehmen seien (Urk. 28/5), kam der Kläger nicht auf seine Kündigung zurück. Er hielt entsprechend bewusst an seiner vertragswidrigen Kündigung fest. Lohn hat der Beklagte ab Juni 2009 mit Ausnahme von zweimal Fr. 42.– nicht

mehr erhalten (Urk. 27 S. 2; Urk. 28/2+3). Aus diesen Umständen kann geschlossen werden, dass der Kläger eine ausserordentliche Auflösung des Vertragsverhältnisses mit dem Beklagten anstrebte. Die Tatsache, dass der Beklagte (nach seiner eigenen Darstellung) in der Folge noch einzelne Arbeitseinsätze für den Kläger geleistet hat, ändert am Charakter der Kündigung als ausserordentliche Auflösung nichts, da eine ausserordentliche Kündigung nicht notwendigerweise fristlos erfolgen muss (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 337 N 7).

5. Gerechtfertigte oder ungerechtfertigte ausserordentliche Kündigung

5.1 Ein Arbeitsverhältnis kann aus wichtigem Grund jederzeit aufgelöst werden (Art. 337 Abs. 1 OR). 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 (Art. 337 Abs. 2 OR). Zu beachten ist immer, dass die ausserordentliche Auflösung ein Notventil (gemäss Bundesgericht der "einzige Ausweg", BGE 116 II 142 E. 5c) und als solches stets zurückhaltend zu handhaben ist (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 3). Der Kläger hat in seinem Schreiben vom 12. Mai 2009 verschiedene Gründe für die Kündigung angegeben (Urk. 26/6), welche in der Folge auf ihre Eignung als Rechtfertigungsgrund für eine ausserordentliche Auflösung des Vertragsverhältnisses zu überprüfen sind.

5.2 In erster Linie beruft sich der Kläger auf die angedrohte Arbeitsverweigerung des Beklagten. Dieser habe mit E-Mail vom 6. Mai 2009 mitgeteilt, dass er sich veranlasst sehe, die Zusammenarbeit mit dem Kläger auf Eis zu legen und er seine Arbeit erst wieder aufnehmen werde, sobald der Kläger ordnungsgemäss funktioniere. Diese angedrohte Arbeitsniederlegung habe er daraufhin gegenüber Verantwortlichen des Klägers mehrmals mündlich bestätigt und umgesetzt. Der Kläger habe für die geplanten und vom Ausfall bedrohten Vorlesungen im Frühjahrssemester einen Ersatzdozenten einstellen müssen (Urk. 25 S. 4 f.; VI-Prot. S. 16).

Die beharrliche Arbeitsverweigerung kann eine ausserordentliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Der Arbeitgeber darf einen Arbeitnehmer frist-

los entlassen, welcher der Arbeit zu Unrecht fernbleibt und trotz einer klaren Verwarnung mit der Androhung einer fristlosen Kündigung seine Arbeit nicht wieder aufnimmt (BSK OR I-Portmann, Art. 337 N 18 mit Verweis auf BGE 111 II 250). Die Arbeitsverweigerung oder unbegründete Abwesenheit des Beklagten kann im vorliegenden Fall maximal vier Arbeitstage umfasst haben. Inwiefern der Beklagte die angedrohte Arbeitsverweigerung in dieser Zeit effektiv umgesetzt hat, wurde nicht ausgeführt. Aus den Akten ist nicht ersichtlich, ob in dieser Zeit eine Präsenzveranstaltung oder eine Fachbereichssitzung stattgefunden hat. Unabhängig davon ist bereits fraglich, ob aufgrund der Mitteilung des Beklagten, er werde die Zusammenarbeit auf Eis legen, bis alle offenen Punkte geklärt seien (Urk. 26/5a), wirklich von einer Arbeitsverweigerung ausgegangen werden kann. Immerhin hat der Beklagte in derselben E-Mail auf ein persönliches Gespräch gedrängt, um die offenen Punkte zu klären. Letztendlich kann aber offen bleiben, ob der Beklagte die Arbeit in den genannten vier Tagen verweigert hat oder nicht. Der Kläger hat nämlich nicht dargelegt, dass sie den Beklagten aufgefordert hätte, die Arbeit aufzunehmen und ihm im Weigerungsfall eine fristlose Kündigung in Aussicht gestellt hat. Er hat lediglich ausgeführt, der Beklagte habe auf Rückfrage an seiner Arbeitsniederlegung festgehalten. Von einer Verwarnung und einer Androhung der Kündigung im Weigerungsfall berichtet er nichts. Eine blosser Rückfrage, ob der Arbeitnehmer an der Arbeitsniederlegung festhalte, genügt den Anforderungen an eine klare Verwarnung nicht. Eine fristlose Entlassung erscheint gestützt auf die behauptete Arbeitsverweigerung daher nicht gerechtfertigt.

5.3 Weiter führt der Kläger an, der Beklagte habe sich gegenüber Studenten mehrmals negativ über ihn und sein Entschädigungsreglement geäußert (Urk. 26/6; Urk. 25 S. 3). Welche konkreten Äusserungen der Beklagte wann gegenüber wem gemacht habe soll, führt er indes nicht aus. Er gab einzig anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz an, dass in der E-Mail vom 6. Mai 2009 eine derartige negative Äusserung erwähnt sei (VI-Prot. S. 16). Weder der E-Mail des Klägers von diesem Datum (Urk. 26/5) noch dem Antwort-E-Mail des Beklagten vom selben Tag (Urk. 26/6) kann aber eine konkrete Äusserung entnommen werden. Es kann daher nicht beurteilt werden, ob allfällige Äusserungen des Beklagten geeignet gewesen wären, das Ansehen des Klägers zu beeinträchtigen.

Überdies hat der Kläger auch in diesem Zusammenhang keine vorgängige Verwarnung des Beklagten behauptet.

5.4 Als weiteren Grund für die Freistellung resp. die Auflösung des Vertragsverhältnisses führt der Kläger an, er habe verschiedentlich Bemerkungen von Studierenden betreffend einer mangelhaften Betreuung zwischen den Präsenzveranstaltungen erhalten (Urk. 26/6 und Urk. 25 S. 3).

Berufliches Versagen ist in aller Regel kein Grund zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Anders ist es bloss, wenn die vom Arbeitnehmer offenbarte Arbeitseinstellung mit seiner leitenden Stellung schlechterdings unvereinbar ist, wenn die schlechte Leistung auf grobem Verschulden beruht oder der Arbeitnehmer für die übernommene Aufgabe total unfähig ist (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 7 mit weiteren Hinweisen). Eine derartige Schwere des beruflichen Versagens des Beklagten legt der Kläger mit dem pauschalen Hinweis auf Reklamationen einiger Studenten nicht dar. Eine weitere Auseinandersetzung mit diesem Kündigungsgrund kann ausserdem nicht erfolgen, da der Kläger nicht angibt, in welchem Zusammenhang die Studenten was genau an der Arbeit des Beklagten bemängelt haben. Hinzu kommt, dass der Kläger auch in diesem Zusammenhang keine vorgängige Verwarnung des Beklagten behauptet hat.

5.5 Im Weiteren macht der Kläger geltend, der Beklagte sei an der Präsenzveranstaltung vom 18. April 2009 vorsätzlich nicht erschienen (Urk. 26/6 und Urk. 25 S. 5 und VI-Prot. S. 16). Der Beklagte räumt diesbezüglich ein, die Präsenzveranstaltung vom 18. April 2009 verpasst zu haben. Dies sei allerdings auf eine einseitige Stundenplanänderung des Klägers zurückzuführen, von welcher er keine Kenntnis gehabt habe, weshalb er zur falschen Zeit am Unterrichtsort erschienen sei. Im Nachgang sei er bemüht gewesen, den verpassten Termin nachzuholen (Urk. 27 S. 3 f. und Urk. 28/6).

Im Recht liegt eine E-Mail des Beklagten an eine Studentin vom 18. April 2009, in welcher er ihr mitteilt, die Präsenzveranstaltung habe nicht durchgeführt werden können, weil aufgrund einer Stundenplanänderung des Klägers niemand anwesend gewesen sei (Urk. 28/6). Dies deckt sich mit der Darstellung des Beklagten

im vorliegenden Prozess. Der Kläger führte diesbezüglich aus, er werde eine E-Mail nachreichen, in welcher die Stundenplanänderung angekündigt worden sei (VI-Prot. S. 19). Dies hat er unterlassen. Es kann daher nicht beurteilt werden, ob der Beklagte von der Verschiebung der Veranstaltung hätte Kenntnis haben sollen. Selbst wenn der Beklagte Kenntnis von der Stundenplanänderung hätte haben sollen, würde ein einmaliges unentschuldigtes Fernbleiben von der Arbeit aber keinen wichtigen Grund für eine ausserordentliche Kündigung darstellen (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 337 N 18). Überdies fehlt auch in diesem Zusammenhang eine vorgängige Verwarnung des Beklagten.

5.6 Schliesslich macht der Kläger geltend, der Beklagte habe verschiedentlich falsch abgerechnet. So habe er am 13. Februar 2008 den Auftrag Nr. 116 zweimal verrechnet, am 1. Oktober 2008 die Spesen falsch abgerechnet und am 6. April 2009 acht statt vier Lektionen in Rechnung gestellt. Er habe beinahe jede Rechnung des Beklagten korrigieren müssen (Urk. 26/6, Urk. 25 S. 3). Da auch diesbezüglich keine Ermahnung des Beklagten behauptet wird, erübrigt sich eine weitere Auseinandersetzung.

5.7 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Kläger keinen wichtigen Grund darlegen konnte, der ihn zur ausserordentlichen Auflösung des Vertragsverhältnisses mit dem Beklagten berechtigt hätte. Dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht unzumutbar gewesen ist, zeigt sich im Übrigen auch daran, dass der Beklagte nach der sofortigen Freistellung vom 12. Mai 2009 noch einzelne Arbeitseinsätze für den Kläger absolviert hat. Dies geht aus der E-Mail-Korrespondenz zwischen D._____ (Studiengangsleiter Wirtschaftsingenieurswesen des Klägers) und dem Beklagten vom 22. Juni 2009 eindeutig hervor (Urk. 28/4). Der Kläger stellte zwar die Einreichung von Belegen in Aussicht, wonach am 10. Juni 2009 kein Präsenzunterricht durchgeführt worden sei (VI-Prot. S. 16). Dies hat er aber nicht getan.

6. Folgen der ungerechtfertigten ausserordentlichen Entlassung

6.1 Entlässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund, hat Letzterer Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Ar-

beitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragslaufdauer beendet worden wäre (Art. 337 Abs. 1 OR). Überdies kann der Richter den Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, die er nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt (Art. 337c Abs. 3 OR). Der Beklagte macht im vorliegenden Prozess nur die Entschädigung nach Abs. 3 geltend.

6.2 Die Entschädigung nach Art. 337 Abs. 3 OR hat sowohl Strafcharakter als auch Genugtuungsfunktion und soll die durch die ungerechtfertigte fristlose Kündigung erlittene Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers abgelden. Die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR wird vom Sachgericht nach pflichtgemäßem Ermessen aufgrund der Umstände des Einzelfalles festgesetzt (vgl. BGer 4A_511/2010 vom 22. Dezember 2010, E. 6.1 m.w.H.). Der Richter hat bei der Bemessung der Entschädigung sämtliche im konkreten Einzelfall rechtlich erheblichen Umstände zu berücksichtigen. Unter anderem können folgende Kriterien in die Bemessung einfließen: Schwere der Persönlichkeitsverletzung, Lebenssituation des Arbeitnehmers, Dauer der Anstellung, Schwere des Mitverschuldens des Arbeitnehmers, besondere Umstände der Kündigung. Keines dieser Kriterien ist aber alleine entscheidend (Streiff/Von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337c N 8). Die Entschädigung ist nach Monatslöhnen zu berechnen (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 337c N 6).

6.3 Der Beklagte fordert eine Entschädigung von Fr. 14'000.– und führt hierzu aus, die Pönale sei aufgrund des durchschnittlichen Monatslohnes in den vorangegangenen Monaten zu berechnen. Er habe in den Jahren 2008 und 2009 durchschnittlich Fr. 5'000.– pro Monat verdient, weshalb eine Entschädigung von Fr. 14'000.– angemessen sei (Urk. 27 S. 3). Der Beklagte macht damit nicht ganz drei Monatslöhne geltend.

6.4 Dem Beklagten wurde nach rund sechsjähriger Anstellung gekündigt. Das Bundesgericht hat entschieden, dass eine dreijährige Vertragsbeziehung weder als besonders lange und eng, noch besonders kurz zu werten sei. Es rechtfertige sich gestützt darauf weder eine Erhöhung noch eine Minderung der Entschädigung (BGer 4C.271/2000 vom 15. Februar 2001, in: Pra 2001 Nr. 137). Im Lichte

dieser Rechtsprechung ist eine sechsjährige Anstellung bei der Bemessung der Entschädigung leicht erhöhend zu berücksichtigen. Die Chancen des Beklagten auf dem Arbeitsmarkt waren nach der Entlassung weder aufgrund seines Alters - er war zum Zeitpunkt der Kündigung 45 Jahre alt -, noch infolge körperlicher oder geistiger Beeinträchtigungen vermindert. Obwohl eine plötzliche Entlassung immer einschneidend ist, ist eine solche unter den genannten Umständen besser zu verkraften, wie wenn aufgrund des erhöhten Alters oder eines Gebrechens oder einer Schwangerschaft Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der beruflichen Wiedereingliederung bestehen. Zu berücksichtigen ist ausserdem, dass der Beklagte mit seiner angedrohten Arbeitsverweigerung - auch wenn diese den Kläger nicht zur fristlosen Entlassung berechtigte - eine gewisse Mitschuld an der Eskalation der Situation trug. Angesichts dieser Umstände und im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts erscheint die vom Beklagten geforderte Entschädigung von nicht ganz drei Monatslöhnen als zu hoch. Bei einer schwangeren Frau, die wegen rechtlich nicht zu beanstandender Abwesenheit fristlos entlassen wurde und als alleinstehende Schwangere schlechte Chancen auf dem Arbeitsmarkt hatte, wurde beispielsweise eine Entschädigung von 3 Monatslöhnen zugesprochen (BGer vom 15. Februar 2001, 4C.271/2000, in: Pra 2001 Nr. 137). So auch bei einem krebskranken Mitarbeiter eines Ingenieurbüros, welcher nach 27 Dienstjahren wegen ungenügender Arbeitsleistung fristlos entlassen wurde, nachdem der Betrieb übernommen worden war (BGer 4C.329/1998 vom 23. Dezember 1998, in: Pra 1999 Nr. 73). Der vorliegende Fall erreicht nicht dieselbe Schwere. In Würdigung der Gesamtumstände rechtfertigt sich die Zusprechung einer Entschädigung von einem Bruttomonatslohn. Da der Kläger der Darstellung des Beklagten, er habe in den Jahren 2008 und 2009 durchschnittlich Fr. 5'000.- pro Monat verdient, nicht widersprochen hat, ist von dieser Zahl als Bruttolohn auszugehen. Verzugszins fordert der Beklagte nicht, weshalb kein solcher zuzusprechen ist.

6.5 Zusammenfassend ist dem Beklagten eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter ausserordentlicher Entlassung von Fr. 5'000.- zuzusprechen. Auf Zahlungen i.S.v. Art. 337c Abs. 3 OR sind keine Sozialabgaben zu leisten (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337c OR N 15 mit weiteren Hinweisen).

E. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Vor Vorinstanz wie auch im Berufungsverfahren betrug der Streitwert unter Fr. 30'000.–, weshalb beide Verfahren kostenlos sind (Art. 114 lit. c ZPO).
2. Die Vorinstanz hat die volle Parteientschädigung unangefochten auf Fr. 3'500.– inkl. Mehrwertsteuer festgesetzt und die Beklagte verpflichtet, den Kläger in diesem Umfang zu entschädigen (Urk. 46 S. 10). Nach erfolgter Korrektur des angefochtenen Urteils dringt der Kläger mit der Hauptklage (Fr. 7'268.70) vollumfänglich durch und obsiegt mit Bezug auf die Widerklage (Fr. 14'000.–) im Umfang von Fr. 9'000.–. Der Kläger obsiegt damit gesamthaft zu rund drei Viertel. Der Beklagte ist vor diesem Hintergrund zu verpflichten, dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren eine auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'750.– zu bezahlen.
3. Im Berufungsverfahren unterliegt der Beklagte ebenfalls zu drei Viertel, weshalb er zu verpflichten ist, den Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren mit einer auf die Hälfte reduzierten Parteientschädigung von Fr. 1'250.– zu entschädigen (Art. 106 ZPO; § 4 Abs. 1 i.V.m. § 11 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 13 Abs. 1 und 2 der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010). Mangels eines entsprechenden Antrages ist zur Entschädigung kein Mehrwertsteuersatz zuzusprechen (vgl. das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Zürcher Obergerichts vom 17. Mai 2006).

Es wird erkannt:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 7'268.70 nebst Zins zu 5 % seit 3. November 2011 sowie Fr. 73.– Zahlungsbefehlskosten zu bezahlen.
2. Der Kläger wird verpflichtet, dem Beklagten Fr. 5'000.– zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Widerklage abgewiesen.
3. Für beide Verfahren werden keine Kosten erhoben.

4. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von gesamthaft Fr. 3'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Arbeitsgericht Winterthur, 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 der Hauptklage beträgt Fr. 7'268.70, der Streitwert der Widerklage Fr. 14'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 27. Oktober 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. L. Stünzi

versandt am: js