

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA160005-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N. Gerber

Beschluss und Urteil vom 3. August 2016

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt X. _____

gegen

B. _____ **AG,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Y. _____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 14. Januar 2016 (AN130047-L)

Rechtsbegehren des Klägers:

(Urk. 2 und 4 sinngemäss)

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger eine Entschädigung nach Art. 336a OR wegen missbräuchlicher Kündigung in der Höhe von vier Bruttomonatslöhnen sowie Rückforderungen von Fr. 576.70 Spesen, insgesamt CHF 30'000.– nicht übersteigend, nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Juni 2012 zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger ein korrektes Arbeitszeugnis auszustellen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.

An der Hauptverhandlung modifiziertes Rechtsbegehren des Klägers:

(Prot. I S. 7 f. und S. 13 sinngemäss)

1. Es sei festzustellen, dass der Betrag von Fr. 576.70 für Spesen in der Zwischenzeit von der Beklagten bezahlt worden ist.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger einen Betrag von brutto Fr. 19'200.–, bestehend aus drei Bruttomonatslöhnen von Fr. 6'400.–, zuzüglich 5 % Zins sei dem 1. Juni 2012 zu bezahlen.
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger ein korrigiertes Arbeitszeugnis gemäss Vorlage (Urk. 35/15) auszustellen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.

An der Schlussverhandlung geändertes Rechtsbegehren des Klägers:

(Prot. I S. 36 sinngemäss)

1. Es sei festzustellen, dass der Betrag von Fr. 576.70 für Spesen in der Zwischenzeit von der Beklagten bezahlt worden ist.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger einen Betrag von brutto Fr. 19'200.–, bestehend aus drei Bruttomonatslöhnen von Fr. 6'400.–, zuzüglich 5 % Zins seit dem 1. Juni 2012 zu bezahlen.
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, ihr gemäss Schreiben vom 26. Juni 2014 (Urk. 37/1) ausgestelltes Arbeitszeugnis (Urk. 36) um den Schlusssatz "Für seinen weiteren Lebensweg wünschen wir Herrn A. _____ alles Gute" zu ergänzen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.

Rechtsbegehren der Beklagten:

(Urk. 27 S. 2; Prot. I S. 17)

" Die Beklagte anerkennt, dem Kläger einen Betrag von Fr. 576.70 (Spesenersatz) zu schulden. Soweit weitergehend sei die Klage abzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Beschluss des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 14. Januar 2016:

(Urk. 104 S. 25 = Urk. 107 S. 25)

- " 1. Im Umfang der Spesenforderung wird der Prozess als gegenstandslos geworden erledigt abgeschrieben.
2. Im Umfange der geforderten Zeugnisänderungen wird der Prozess bis auf die Schlussformulierung: "Für seinen weiteren Lebensweg wünschen wir Herrn A._____ alles Gute" als gegenstandslos erledigt abgeschrieben.
3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden mit nachstehendem Urteil geregelt.
4. [Schriftliche Mitteilung.]
5. [Rechtsmittelbelehrung, Berufung, Frist 30 Tage.]"

Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 14. Januar 2016:

(Urk. 104 S. 25 f. = Urk. 107 S. 25 f.)

- " 1. Die (Rest-) Forderungsklage des Klägers wird abgewiesen.
2. Die (Rest-) Zeugnisänderungsklage des Klägers wird abgewiesen.
3. Die Entscheidungsbüher wird festgesetzt auf:
Fr. 6'800.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 400.– Zeugenentschädigungen

Fr. 7'200.00–

4. Die Gerichtskosten werden dem Kläger im Umfang von Fr. 6'156.– und der Beklagten im Umfang von Fr. 1'044.– auferlegt.
Der Anteil des Klägers wird zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 8'165.– zu bezahlen.
6. [Schriftliche Mitteilung.]
7. [Rechtsmittelbelehrung, Berufung, Frist 30 Tage.]"

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (Urk. 106 S. 2):

- " 1. In Aufhebung von Ziff. 1 des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 14.01.2016 sei die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger einen Betrag von brutto CHF 19'200.00, bestehend aus drei Bruttomonatslöhnen von je CHF 6'400.00, zzgl. 5% Zins seit dem 01.06.2012, als Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung zu bezahlen.
2. In Aufhebung der Ziffern 3, 4 und 5 des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 14.01.2016 seien die Gerichtskosten beider kantonalen Instanzen vollumfänglich der Beklagten aufzuerlegen und diese sei zu verurteilen, dem Kläger dessen Parteikosten vor beiden kantonalen Instanzen vollumfänglich auf gerichtliche Bestimmung hin zu ersetzen.
3. Dem Kläger sei auch für das oberinstanzliche Verfahren vor dem Obergericht des Kantons Zürich die unentgeltliche Rechtspflege zu erteilen, unter Beordnung des unterzeichnenden Anwalts als amtlicher Vertreter.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

der Berufungsbeklagten (Urk. 115 S. 3):

"Die Berufung und die Klage seien abzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien stehen in einem arbeitsrechtlichen Streit. Bei der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan: Beklagte) handelt es sich um eine im Bau und Unterhalt von ...infrastruktur tätige Unternehmung (Urk. 29/1; Urk. 115 S. 3) und um die ehemalige Arbeitgeberin des Klägers und Berufungsklägers (fortan: Kläger). Der Kläger war ab 14. September 2011 als ...begleiter (...verkehr) für die Beklagte tätig (Urk. 36; Prot. I S. 47). Per 1. Januar 2012 kam es zu einer Erneuerung der Anstellung des Klägers, insbesondere wurde dessen Lohn von Fr. 5'100.– auf Fr. 6'400.– erhöht (Urk. 6/4; Prot. I S. 8 und S. 19). Zwischen den Parteien unstrittig ist, dass es am 1. Februar 2012 zu einem Unfall gekommen war, infolgedes-

sen der Kläger am 8. März 2012 schriftlich verwarnt wurde (Urk. 6/5, Prot. S. 9). Weiter steht fest, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger am 26. April 2012 ordentlich per 31. Mai 2012 kündigte (Urk. 6/6). Gegen die Kündigung erhob der Kläger am 4. Mai 2012 Einsprache (Urk. 6/7).

2. Der Kläger reichte am 30. September 2013 (Datum Poststempel) beim Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung (fortan: Vorinstanz), die Klage ein und forderte von der Beklagten eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung in der Höhe von vier Bruttomonatslöhnen (Urk. 2 und 4 sinngemäss) bzw. – nach einer Anpassung des Rechtsbegehrens – von drei Bruttomonatslöhnen (Prot. I S. 7 f. und S. 13 sinngemäss). Zudem verlangte er Spesenersatz im Umfang von Fr. 576.70 sowie eine Zeugnisänderung (Urk. 2). Bezüglich des Verlaufs des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 107 S. 3 f.).

Mit eingangs zitiertem Beschluss der Vorinstanz vom 14. Januar 2016 wurde das Verfahren bezüglich Spesenersatz vollumfänglich sowie mit Bezug auf die verlangten Zeugniskorrekturen grösstenteils als gegenstandslos erledigt abgeschrieben, da die Beklagte die Klage in diesen Punkten anerkannt und eine Anpassung des Arbeitszeugnisses gemäss den Vorschlägen des Klägers – abgesehen vom Schlusssatz – vorgenommen hatte (Urk. 27 S. 2, 35/15 und 36; Prot. I S. 17). Was die vom Kläger geforderte Entschädigung für die Missbräuchlichkeit der Kündigung anbelangt, wies die Vorinstanz die Klage mit Urteil vom 14. Januar 2016 ab und auferlegte dem Kläger die Gerichtskosten ausgangsgemäss zu 85.5 % im Umfang von Fr. 6'156.– und der Beklagten im restlichen Umfang von Fr. 1'044.–. Weiter verpflichtete sie den Kläger, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 8'165.– zu bezahlen (Urk. 107 S. 25 f.).

3. Am 17. Februar 2016 (Datum Poststempel) erhob der Kläger rechtzeitig Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil (Urk. 105/1, Urk. 106) und stellte die eingangs genannten Anträge. Mit Verfügung vom 23. März 2016 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 114). Die Berufungsantwort erfolgte rechtzeitig am 2. Mai 2016 (Urk. 115; dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt, Urk. 116).

4. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Damit ist Dispositiv-Ziffer 2 des eingangs zitierten Urteils vom 14. Januar 2016 in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist. Der vorinstanzliche Beschluss selbigen Datums ist nicht Gegenstand der vorliegenden Berufung.

II.

1.1. Das Berufungsverfahren ist ein eigenständiges Verfahren (BGer 4A_619/2015 vom 25. Mai 2016, E. 2.2.1., zur Publikation bestimmt). Die Berufung ist gemäss Art. 311 ZPO zu begründen. Es ist darzulegen, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten fehlerhaft sein soll. Dazu sind in der Berufungsschrift die zur Begründung der Berufungsanträge wesentlichen Argumente vorzutragen. Dies setzt voraus, dass der Kläger – unter Vorbehalt des Novenrechts – mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz aufzeigt, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhebt und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und Rechtsschriften des vorinstanzlichen Verfahrens zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Den gesetzlichen Begründungsanforderungen ist weder durch eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch durch eine neuerliche Darstellung der Sach- und Rechtslage Genüge getan, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht und von dieser erwogen worden ist (BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2., zur Publikation bestimmt; BGer 4A_263/2015 vom 29. September 2015, E. 5.2.2.; BGer 4A_382/2015 vom 04. Januar 2016, E. 11.3.1.). Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften oder die blosser Wiederholung von bereits vor Vorinstanz Vorge-tragenem sind namentlich dann unzulässig bzw. nicht genügend, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Wenn der Berufungskläger eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts rügt, muss er aufzeigen, dass die Korrektur der Sachverhaltsfeststellung für den Aus-

gang des Verfahrens entscheidend ist. Hat die Vorinstanz tatsächliches Vorbringen oder zu berücksichtigende aktenkundige Tatsachen übersehen, muss der Berufungskläger in der Berufungsbegründung explizit darauf hinweisen, dass die entsprechenden Umstände bereits vor der Vorinstanz vorgebracht wurden (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 34 ff.). Was für die Begründung der Berufung gilt, gilt auch für die Begründung der Berufungsantwort (BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2., zur Publikation bestimmt).

Zudem können im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht werden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die in Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO genannten Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Bei unechten Noven hat die novenwillige Partei genau zu begründen, weshalb die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnte bzw. vorgebracht wurde. Dabei hat die betroffene Partei substantiiert darzulegen, dass und inwiefern sie vor erster Instanz mit der zumutbaren Sorgfalt prozessiert hat, indes trotzdem nicht in der Lage bzw. gehalten war, die Tatsache bzw. das Beweismittel in das erstinstanzliche Verfahren einzubringen (ZK ZPO – Reetz/Hilber, Art. 317 N 61). Das Berufungsverfahren dient nicht dazu, dass die Parteien Versäumtes nachbessern können (P. Volkart, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 3).

1.2. Der Kläger stellt in seiner Berufungsschrift Seiten über Seiten den Sachverhalt aus seiner Sicht dar, als ob er vor erster Instanz plädieren würde (Urk. 106 S. 3 bis S. 10 und S. 23 bis S. 26). In gleicher Weise stellt er im obergerichtlichen Verfahren Beweisanträge, ohne sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob diese Beweisanträge bereits vor erster Instanz prozessrechtskonform ins Verfahren eingebracht wurden (Urk. 106 S. 10, 14, 18, 23 und 26 f.). Entscheidend ist dabei einzig, ob rechtserhebliche Tatsachenbehauptungen sowie die Beweisanträge dazu im vorinstanzlichen Verfahren vor Aktenschluss aufgestellt worden sind (Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO) und ob die Vorinstanz diese Vorbringen zu Unrecht übergangen hat. Das Berufungsverfahren dient nicht der Vervollständigung des erstinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des

erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dargelegter Beanstandungen (BGer 4A_619/2015 vom 25. Mai 2016, E. 2.2.2., zur Publikation bestimmt). Soweit sich der Kläger im Übrigen mit der Berufung auf neue Tatsachenbehauptungen bzw. Beweisanträge stützen will, hat er mit der Berufung darzutun, dass er sich auf das Novenrecht im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO berufen kann. Unter diesem prozessualen Blickwinkel werden die umfangreichen Berufungsvorbringen des Klägers zu prüfen sein.

2.1. Der Kläger bringt vor, dass er im Rechtsbegehren für die Missbräuchlichkeit der Kündigung ursprünglich vier Monatslöhne verlangt, seinen Antrag jedoch später reduziert habe, um ins vereinfachte Verfahren zu gelangen. Da die Vorinstanz fälschlicherweise das Zeugnisberichtigungsbegehren streitwertmässig mit einem vollen Monatslohn bewertet habe, sei dennoch ein ordentliches Verfahren durchgeführt worden (Urk. 106 S. 8).

2.2. Die Vorinstanz erwog dazu im Beschluss vom 6. Dezember 2013, es erhelle nicht, wieso der Kläger unter dem Titel Entschädigung für die Missbräuchlichkeit der Kündigung vier Bruttomonatslöhne fordere, den Streitwert aber nicht mit Fr. 25'600.– beziffere, sondern bis zu maximal Fr. 30'000.– verlange. Immerhin könne auch der 13. Monatslohn bei der Bemessung der Höhe der Entschädigung berücksichtigt werden, so dass sich der massgebliche Bruttomonatslohn von Fr. 6'400.– auf Fr. 6'933.33 bzw. bei vier Monatslöhnen auf Fr. 27'733.33 erhöhe. Ausserdem sei die vom Kläger verlangte Zeugnisänderung mit einer Zeugnisvollklage vergleichbar, so dass diesbezüglich der Streitwert mit einem Monatslohn zu bemessen sei (Urk. 23B S. 3 f.).

2.3. Mit diesen Erwägungen der Vorinstanz zum Streitwert setzt sich der Kläger nicht auseinander, so dass unklar bleibt, inwiefern diese nicht zutreffen sollten. Jedenfalls kam die Vorinstanz zum Schluss, dass selbst wenn für die Zeugnisberichtigungsklage bloss von einem halben Monatslohn ausgegangen würde, die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.– überschritten wäre (Urk. 23B S. 4). Den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz kann zugestimmt werden. Der vorinstanzliche Prozess wurde zu Recht im ordentlichen Verfahren geführt. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Kläger sein Rechtsbegeh-

ren später auf drei Bruttomonatslöhne reduzierte. Bei einem teilweisen Klagerückzug bleiben sowohl Verfahrensart als auch Zuständigkeit des Gerichts erhalten (Art. 227 ZPO).

III.

1.1. Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bildet die Frage, ob die Beklagte dem Kläger infolge missbräuchlicher Kündigung eine Entschädigung schuldet. Vor Vorinstanz bestritt die Beklagte das Vorliegen einer missbräuchlichen Kündigung und machte geltend, sie habe dem Kläger zufolge seiner ungenügenden Arbeitsleistung gekündigt, nachdem eine Kette von Reklamationen über ihn nicht abgerissen sei und letztlich eine E-Mail der C._____ vom 24. April 2012, worin diese verlangt habe, den Kläger auf ihrer Baustelle nicht mehr länger einzusetzen, den definitiven Ausschlag für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegeben habe (Urk. 27 S. 5, Urk. 21/3; Prot. I S. 17 f.). Der Kläger stellte sich hingegen auf den Standpunkt, die Kündigung stehe ganz offensichtlich im Zusammenhang mit verschiedenen schwerwiegenden, rassistisch motivierten, gegen ihn gerichteten Übergriffen, die der Beklagten bekannt gewesen seien und gegen welche die Beklagte in keiner Weise zum Schutz des Klägers eingegriffen habe. Der Kläger habe gegen die Kündigung Einsprache erhoben, da diese angesichts der Machenschaften und des Verhaltens insbesondere von Arbeitskollege D._____ sowie der Untätigkeit der Beklagten missbräuchlich sei (Urk. 12 S. 6 f.).

Anlässlich der Replik an der Hauptverhandlung führte der Kläger zur Konkretisierung der missbräuchlichen Kündigung aus, es sei zutreffend, dass es am 1. Februar 2012 zu einem Unfall gekommen sei. Er habe dies nie bestritten, weise jedoch die alleinige Schuld für diesen Vorfall von sich. Mindestens im gleichen Mass sei auch D._____ daran beteiligt gewesen, mit welchem der Kläger eine schwierige Situation gehabt habe. D._____ habe sich daran gestört, dass der Kläger mehr verdiene und dies habe zu wüsten Auseinandersetzungen geführt (Prot. I S. 9). Auch E._____ habe in die gleiche Bresche wie D._____ gehauen, so schreibe E._____ in einer Mail vom 16. Januar 2012: "Nach Gefühl ist das ein-

zige, was er [der Kläger] selbständig macht Essen und Sch...en!" Dies spreche für sich. Es sei eine Äusserung über den Kläger, die darauf schliessen lasse, was sonst noch gesagt worden sei (Prot. I S. 12). Ausserdem habe der Kläger nach der Kündigung noch bis im April 2013 praktisch zu 100 % unter dem falschen Namen A'_____ über die F._____ AG für die Beklagte weitergearbeitet. Vor diesem Hintergrund zu behaupten, die Kündigung sei aufgrund ungenügender fachlicher Qualifikation erfolgt, sei jenseits von Gut und Böse (Prot. I S. 12).

Der anwaltlich vertretene Kläger gab – auf ausdrückliche Aufforderung gemäss Art. 56 ZPO des Vorderrichters hin, die rassistischen Vorwürfe zu präzisieren und die entsprechenden Vorfälle zu substantiieren (Prot. I S. 15) – an, es handle sich um die erwähnte E-Mail von E._____ vom 16. Januar 2012, welches klar rassistische Aussagen enthalte. Der Kläger sei als Neger beschimpft, quasi als Affe dargestellt worden. Er sei verbal attackiert worden mit inakzeptablen Ausdrücken. Ausserdem sei es am Tag des Unfalls vom 1. Februar 2012 zu konkreten Diskriminierungen gekommen. D._____ habe gesagt, er werde dem Kläger kündigen, man sei hier nicht in Afrika. Auch habe D._____ dem Kläger am 25. April 2012 das Funkgerät entrissen (Prot. I S. 15). Von diesen vor Aktenschluss aufgestellten Tatsachenbehauptungen des Klägers ist auch im zweitinstanzlichen Verfahren auszugehen (vorstehend E. II.1.2.).

1.2. Zwischen den Parteien unstrittig ist, dass die Beklagte bis Mitte April 2012 und damit bis rund 10 Tage vor der Kündigung nach wie vor am Arbeitsverhältnis mit dem Kläger festhalten wollte. Dies ergibt sich aus einer E-Mail der Beklagten vom 12. April 2012 im Zusammenhang mit einem am 19. März 2012 durchgeführten und vom Kläger nicht bestandenem Test der "... Berufsbildung". Dort erkundigte sich die Beklagte nach Terminen für einen Repetitionskurs des Klägers und hielt überdies ausdrücklich fest, sie wolle den Kläger weiterhin beschäftigen (Urk. 29/8-9). Darauf berief sich unter anderem auch der Kläger und machte geltend, hier sei noch ganz klar kommuniziert worden, dass man ihn weiterbeschäftigen wolle (Prot. I S. 10). Die Beklagte stellte sich auf den Standpunkt, nach dem Unfall vom 1. Februar 2012 und der in diesem Zusammenhang ausgesprochenen Verwarnung, nach weiteren Unregelmässigkeiten in der Nacht vom 3. und 4. Feb-

ruar 2012 sowie dem negativen Testergebnis des Klägers sei letztlich die E-Mail der C._____ vom 24. April 2012 endgültiger Auslöser für die Kündigung gewesen (Urk. 27 S. 3 ff.; Prot. I S. 17). Der Kläger hingegen brachte vor, dass nach der rassistischen E-Mail von E._____ im Januar 2012 und des Zwischenfalls mit D._____ kurz vor dem Unfall am 1. Februar 2012 letztlich eine weitere Auseinandersetzung mit D._____ am 25. April 2012, anlässlich welcher D._____ ihn wieder aufs Gröbste beschimpft und angegriffen und ihm in Gegenwart des Lokomotivführers H._____ das Funkgerät weggerissen habe, den Ausschlag für die Kündigung gegeben habe (Urk. 12 S. 6 f.; Prot. I S. 15).

2. Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn sie wegen einer Eigenschaft ausgesprochen wird, die einer Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht. Darunter zu verstehen sind beispielsweise Geschlecht, Familienstand, Herkunft, Rasse, Nationalität, Alter, Religion oder körperliche Merkmale. Dabei ist es Sache des Arbeitnehmers nachzuweisen, dass der angegebene Kündigungsgrund (ungenügende Leistungen) gegenüber dem wahren Kündigungsgrund (Hautfarbe) nur vorgeschoben ist. Für den Nachweis des tatsächlichen Kündigungsmotivs und dessen Kausalität für die Kündigung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts das reduzierte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit massgebend (BGE 125 III 277 E. 3c; BGE 130 III 699 E. 4.1). Der Arbeitgeber hingegen hat als Ausfluss des Prinzips der Kündigungsfreiheit die in der Kündigung angegebenen Gründe nicht zu beweisen. Diese Gründe müssen weder der Wahrheit entsprechen, noch belegt ihre Unwahrheit bereits die Missbräuchlichkeit der Kündigung. Vielmehr ist es Sache des Arbeitnehmers, einen Missbrauchstatbestand zu behaupten und belegen (BGE 121 III 63 E. 3b).

3. Im angefochtenen Urteil vom 14. Januar 2016 kam die Vorinstanz zum Schluss, dass dem gesamten Vorbringen des Klägers, soweit er dieses überhaupt substantiiert habe, keine schwerwiegenden insbesondere rassistisch motivierten Übergriffe zu entnehmen seien, welche die Beklagte hätten veranlassen müssen, zum Schutze des Klägers zu intervenieren. Aufgrund der eigenen Sachdarstellungen des Klägers handle es sich um zwei Konfliktsituationen mit D._____, zum ei-

nen im Vorfeld des Unfalls vom 1. Februar 2012 und zum anderen am 25. April 2012, sowie um eine despektierliche Bemerkung im Email E.____s vom 16. Januar 2012 (Urk. 107 S. 8). Die Äusserung E.____s könne nicht bereits deshalb als rassistisch qualifiziert werden, weil sie sich auf eine Person mit schwarzer Hautfarbe beziehe. Jedenfalls fehle jegliche Anspielung auf Herkunft oder Hautfarbe des Klägers (Urk. 29/3, Urk. 107 S. 7). Vergleichbares gelte für den Wutausbruch D.____s vom 1. Februar 2012. Gemäss der eigenen Darstellung des Klägers in seiner Stellungnahme zur Verwarnung im Nachgang des Unfalls vom 1. Februar 2012 habe D.____ dem Kläger die Kündigung angedroht und den Stinkefinger gezeigt. Der Kläger habe Beleidigungen, Drohungen und ein Trauma erlitten. Dabei handle es sich insbesondere beim Stinkefinger um ein kulturübergreifendes Symbol der Despektierlichkeit. Auch die Drohung mit der Kündigung sei nicht rassistisch. Hinzu komme, dass sich in der Stellungnahme des Klägers nichts finden lasse, wonach der Wutausbruch D.____s einen rassistischen Hintergrund oder Inhalt gehabt habe (Urk. 14/12, Urk. 107 S. 7). Dies gelte auch für das Weggreissen des Funkgeräts. Immerhin sei dem Kläger gleichentags die E-Mail der C.____ vom 24. April 2012 vorgelegt worden, wonach der Kläger bei den C.____ nicht mehr länger eingesetzt werden könne, da es von verschiedenen Seiten zu Reklamationen gekommen sei, weshalb es naheliegend scheine, dass D.____ dem Kläger in diesem Zusammenhang das Funkgerät entrisse und es sich dabei nicht um eine rassistisch motivierte Attacke gehandelt habe (Urk. 12 S. 6, Urk. 107 S. 8). Insgesamt seien die Vorfälle angesichts der Umstände und des generell eher rauen Umgangstons auf Baustellen für die Beklagte nicht verpflichtend gewesen, aufgrund ihrer Fürsorgepflicht einzuschreiten (Urk. 107 S. 8).

Die Vorinstanz führte weiter aus, es sei entscheidend, dass beide Parteien davon ausgehen würden, dass die Beklagte noch am 19. April 2012 beabsichtigt habe, den Kläger weiter zu beschäftigen. Dies bedeute im Umkehrschluss, dass die Beklagte bis am 19. April 2012 nicht beabsichtigt habe, den Kläger zu entlassen, und zwar weder zwecks Lösung eines rassistisch motivierten Konfliktes zwischen dem Kläger und anderen Mitarbeitenden noch zufolge ungenügender Leistungen oder Fehlverhaltens. Ursächlich für die Entlassung könne daher nur die

Aufforderung der C._____ an die Beklagte, den Kläger nicht mehr länger bei ihr einzusetzen, oder aber der erneute Vorfall mit D._____ gewesen sein. Der Zeitablauf spreche weder für den einen noch für den anderen Kündigungsgrund. Habe die Beklagte den Kläger entlassen, weil die C._____ ihn bei sich nicht mehr eingesetzt wünschten, könne die Kündigung nicht als missbräuchlich erachtet werden, selbst wenn die von den C._____ angeführten Gründe unzutreffend sein sollten. Eine Pflicht, den Kläger trotz Beendigung des aktuellen Einsatzes seitens den C._____ weiter zu beschäftigen, habe die Beklagte nicht getroffen. Vielmehr habe es ihr offen gestanden, als Folge der Einsatzbeendigung bei den C._____ das Anstellungsverhältnis mit dem Kläger aufzulösen. Anders wäre zu entscheiden, wenn der Übergriff D._____s die Beklagte veranlasst hätte, den Kläger zu entlassen. Für diese Kausalität liege allerdings nichts vor. Vielmehr habe die Beklagte dem Kläger mit der Begründung gekündigt, sie könne ihn bei den C._____ nicht mehr einsetzen und sehe keine anderweitige Einsatzmöglichkeit. Nichtsdestotrotz sei ein Beweisverfahren hinsichtlich der Kausalität für die Kündigung durchzuführen gewesen (Urk. 107 S. 12 f; Urk. 6/6).

Die Befragung der Zeugen I._____, J._____, K._____ und L._____ hätten keine neuen Erkenntnisse bezüglich des Kündigungsgrundes gebracht. Der Zeuge I._____ habe erwiesenermassen die verschiedenen Vorfälle zeitlich völlig durcheinander gebracht, weshalb auf seine Angaben nicht abgestellt werden könne (Urk. 107 S. 16). Auch aus den Aussagen des Zeugen J._____ habe sich nichts zum Kündigungsgrund herleiten lassen (Urk. 107 S. 16). Der Zeuge K._____ glaubte zwar, sich zu erinnern, dass der Kläger sich über Mobbing und Rassismus beschwert habe, gleichzeitig seien ihm Spannungen zwischen diesem und D._____ jedoch nicht erinnerlich gewesen. Jedenfalls lasse sich auch aus seinen Aussagen nicht herleiten, dass dem Kläger aufgrund von Vorfällen mit anderen Mitarbeitenden gekündigt worden sei (Urk. 107 S. 17 f.). Der Kläger habe daher nicht beweisen können, dass der Vorfall mit D._____ am 25. April 2012 kausal für die Kündigung gewesen sei. Vielmehr erscheine die Aufforderung der C._____ an die Beklagte, den Kläger nicht mehr bei ihr einzusetzen, als kausal für die Kündigung (Urk. 107 S. 18). Im Weiteren habe der Zeuge L._____ glaubhaft dargetan, unter Druck die Idee für die verdeckte Wiedereinführung des Klägers

unter dem Namen A'._____ gehabt und das Ganze vor seinen Vorgesetzten verheimlicht zu haben. Der Beklagten könne daher auch nicht widersprüchliches Verhalten vorgeworfen werden, sei ihren zuständigen Leuten die Wiedereinstellung des Klägers über die F._____ AG unter falschem Namen nicht bekannt gewesen. Dem Kläger sei der Nachweis eines missbräuchlichen Kündigungsgrunds oder missbräuchlicher Umstände nicht gelungen. Auch habe er nicht aufzeigen können, dass das angegebene Kündigungsmotiv nicht der Realität entspreche, weshalb der Kläger die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen habe und die Klage abzuweisen sei (Urk. 107 S. 22).

4. Der Kläger geht in seiner Berufung von vornherein fehl, wenn er wieder und wieder die Richtigkeit der angeblich für die Kündigung ausschlaggebenden E-Mail der C._____ vom 24. April 2012 in Frage stellt und moniert, die Vorinstanz hätte insbesondere den Verfasser der E-Mail, M._____ von den C._____, zu deren Inhalt als Zeugen befragen müssen (Urk. 106 S. 6 f., S. 19 ff.). Er verkennt, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis grundsätzlich jederzeit und grundlos kündigen konnte, solange die Kündigung nicht zur Unzeit oder missbräuchlich erfolgte. Es ist der Beklagten zuzustimmen, wenn sie in der Berufungsantwort ausführt, dass die Kernfrage des Prozesses – entgegen der Ansicht des Klägers (vgl. Urk. 106 S. 11) – nicht lauten könne, ob die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte wegen effektiver Unfähigkeit des Klägers erfolgt sei. Beweisthema sei nicht die Frage, ob der Kläger gut gearbeitet habe und wie gut er Deutsch spreche. Das Gericht habe auch nicht zu überprüfen, ob die Kündigung objektiv gerechtfertigt gewesen sei (Urk. 115 S. 10 f.). Kernfrage des vorliegenden Prozesses ist, ob die von der Beklagten angegebenen Kündigungsgründe missbräuchlich sind oder ob sie nur vorgeschoben sind, um allenfalls die tatsächlichen, unzulässigen Motive der Kündigung zu verbergen. Sowohl für das Vorliegen des Missbrauchstatbestands als auch für dessen Kausalität zur Kündigung ist aber der Kläger beweispflichtig. Die entsprechenden Tatsachenbehauptungen sowie die Beweisanträge dazu hatte er grundsätzlich im vorinstanzlichen Verfahren vor Aktenschluss aufzustellen.

5.1. Vor Vorinstanz hatte sich der Kläger zur Begründung der Missbräuchlichkeit auf den Standpunkt gestellt, ihm sei infolge verschiedener rassistisch motivierter, gegen ihn gerichteter Übergriffe gekündigt worden (Urk. 12 S. 6 f., Prot. I S. 15). Mit der E-Mail E.____s vom 16. Januar 2012 sowie den Vorfällen vom 1. Februar 2012 und vom 25. April 2012, die der Kläger im Wesentlichen zur Begründung des Rassismus ins Feld führte, hat sich die Vorinstanz denn auch im Detail auseinandergesetzt und erwogen, dass sich daraus keine schwerwiegenden, rassistisch motivierten Übergriffe gegen den Kläger ableiten liessen (Urk. 107 S. 7 f.). Die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz beanstandet der Kläger nicht. So nimmt er in seiner Berufungsschrift kaum Bezug auf den vorinstanzlichen Entscheid bzw. lässt kaum Schlüsse zu, was im Einzelnen konkret angefochten wird und inwiefern die Erwägungen der Vorinstanz unzutreffend sein sollen. Der Kläger setzt sich mit den entscheidrelevanten Erwägungen der Vorinstanz nur ungenügend auseinander. Immerhin kann der Berufungsschrift im Wesentlichen entnommen werden, dass der Kläger neu offenbar davon ausgeht, die beiden ...führer E.____ und D.____ hätten gegen ihn eine "Neid-Mobbing-Kampagne" (Urk. 106 S. 4) bzw. "Berufsunfähigkeit-Mobbing-Kampagne" (Urk. 106 S. 7) geführt.

5.2. Mobbing ist das systematische, feindliche, über einen längeren Zeitraum anhaltende Verhalten, mit dem eine Person an ihrem Arbeitsplatz isoliert, ausgegrenzt oder gar von ihrem Arbeitsplatz entfernt werden soll (BGer 8C_902/2012 vom 18. September 2013, E. 4.2.). Formen von Mobbing sind beispielsweise, eine Person in ihren Ausdrucks- und Kommunikationsmöglichkeiten zu beschränken, sie nicht aussprechen zu lassen, über eine Person Gerüchte zu verbreiten oder ihr sinnlose Aufgaben zuzuweisen, sie übertrieben zu kontrollieren, ihr Informationen vorzuenthalten oder sie nicht zu beachten. Einzelne feindselige Handlungen oder Verhaltensweisen stellen dabei noch kein Mobbing dar, sondern es bedarf der systematischen Wiederholung über einen längeren Zeitraum. Mobbing liegt auch nicht schon deswegen vor, weil ein Arbeitskonflikt ausgebrochen oder das Arbeitsklima schlecht ist. Ebenso wenig, wenn ein Arbeitnehmer aufgefordert wird, seinen Arbeitspflichten nachzukommen, auch dann nicht, wenn diese Aufforderung mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen verknüpft wird. Gleiches gilt für

Kritik an der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 - 362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 328 N 17; J. Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu Art. 319 - 343 OR, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 328 N 6).

Ausserdem begründet die Annahme von Mobbing nicht ohne Weiteres auch einen Missbrauch des Kündigungsrechts. Eine Kündigung kann dann missbräuchlich sein, wenn sie auf eine Vertragsverletzung des Kündigenden zurückgeht, etwa wenn der Arbeitgeber seine Fürsorgepflicht verletzt, nichts gegen das Mobbing unternimmt und dem Arbeitnehmer dann wegen einer Leistungseinbusse kündigt, die sich ihrerseits als Folge des Mobbings erweist (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 - 362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 328 N 17 und Art. 336 N 4; BGer 8C_826/2009 vom 1. Juli 2009, E. 4.2.).

5.3. Soweit der Kläger neu in seiner Berufungsschrift immer und immer wieder von einer sogenannten *Mobbing-Kampagne* spricht, macht er sinngemäss geltend, es liege eine Art qualifiziertes Mobbing vor. Die Darstellung des Klägers vor Obergericht, es habe sich quasi um eine von D._____ und E._____ gemeinschaftlich angeführte, gegen ihn gerichtete Aktion gehandelt, ist dabei neu, sprach der Kläger vor Vorinstanz doch nie von einer solchen Kampagne. Entschuldigungsgründe im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO für das verspätete Vorbringen werden vom Kläger nicht weiter dargetan. Die diesbezüglichen neuen Tatsachenbehauptungen des Klägers sind daher unbeachtlich (vorstehend E. II.1.2.). Im Übrigen reichen die vom Kläger vor Aktenschluss behaupteten Vorfälle nicht aus, um ein Mobbing, geschweige denn eine Mobbing-Kampagne zu begründen. Der Kläger konnte auf richterliche Frage hin im vorinstanzlichen Verfahren gerademal drei Vorfälle substantieren (Prot. I S. 15). Die einzigen von ihm behaupteten Mobbingelemente sind also die E-Mail E._____s von Januar 2012, die mit einem allerdings inakzeptablen Schlusssatz endet (Urk. 29/3), sowie zwei Auseinandersetzungen mit D._____. Die geringe Anzahl Vorfälle sowie die eher kurze Anstellungsdauer des Klägers sprechen dabei bereits grundsätzlich gegen eine über längere Zeit erfolgte, systematische Ausgrenzung des Klägers. Dies muss umso

mehr gelten, als es sich bei zwei der vom Kläger behaupteten Mobbingvorfälle um direkte Auseinandersetzungen zwischen ihm und D._____ handelte, die eher auf ein schlechtes Arbeitsklima unter den beiden Arbeitskollegen schliessen lassen als auf Mobbing. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, erschienen die vom Kläger bezeichneten Vorfälle jedenfalls angesichts der Umstände und des generell rauen Umgangstons auf Baustellen für die Beklagte nicht verpflichtend, aufgrund der Fürsorgepflicht einzuschreiten (Urk. 107 S. 8). Insgesamt ist aufgrund der vom Kläger aufgestellten Behauptungen nicht erstellt, inwiefern D._____ und E._____ den Kläger gemeinschaftlich systematisch ausgegrenzt haben sollen, so dass sie dadurch – wie der Kläger in der Berufungsschrift neu vorbringen will – eine regelrechte Hetzkampagne (Urk. 106 S. 16 und S. 27) gegen ihn losgetreten haben sollen. Der vom Kläger behaupteten Mobbing-Kampagne fehlt schlicht das Tatsachenfundament.

Zu keinem anderen Schluss gelangt auch die Beklagte in der Berufungsantwort, wenn sie richtigerweise ausführt, es gelinge dem Kläger nicht annähernd, eine Kampagne zu belegen. Zwei verbale Zusammenstösse mit dem Lokführer D._____ vermöchten jedenfalls den Vorwurf des Mobbings nicht zu begründen (Urk. 115 S. 13). Sie hält ausserdem zu Recht fest, dass auch ihre Reaktion auf den Vorfall im Februar 2012 nicht auf Mobbing schliessen lasse, habe sie nach Lösungen gesucht und sei immerhin eine firmeninterne Besprechung mit dem Kläger und D._____ abgehalten worden mit dem Ziel, anhand von Fakten den Grund des Zwischenfalls zu ermitteln und die notwendigen Massnahmen einzuleiten (Urk. 27 S. 4, Urk. 29/5, Urk. 115 S. 8). Es ist der Beklagten daher letztlich zuzustimmen, wenn sie in der Berufungsantwort zum Schluss kommt, dem Kläger sei es vor Vorinstanz nicht gelungen, auch nur einen einzigen Bezug zwischen seiner Hautfarbe und den Handlungen der Beklagten aufzuzeigen, weshalb er nun versuche, vor oberer Instanz seine Argumentation neu auszurichten und das Schwergewicht der Argumentation auf das Mobbing zu legen (Urk. 115 S. 19 f.).

5.4. Vom Kläger wird ausserdem in seiner Berufungsschrift in keiner Weise dargetan, inwieweit das von ihm behauptete Mobbing durch D._____ und E._____ für die Kündigung der Beklagten überhaupt kausal gewesen sein soll. Dass sich

das Verhalten seiner Arbeitskollegen beispielsweise negativ auf seine Leistungen ausgewirkt hätte, so dass ihm die Beklagte infolgedessen gekündigt hätte, behauptet er jedenfalls gerade nicht.

6.1. Der Kläger machte bereits in seiner Stellungnahme vom 3. Oktober 2014 zum Beweisbeschluss der Vorinstanz geltend, es seien auch die weiteren von ihm genannten Zeugen einzuvernehmen, namentlich D._____, E._____, H._____, Herr N._____ von den C._____, M._____, O._____ und P._____ ebenfalls von den C._____ sowie Q._____ von der ... Berufsbildung (Urk. 54). Nachdem die Vorinstanz mit Verfügung vom 6. Oktober 2014 dazu festgehalten hatte, dass kein Anlass bestehe, weitere Zeugen anzuhören, da der Beweissatz I. gemäss Beweisbeschluss vom 11. September 2014 ausschliesslich die Frage der Kausalität des einen (E-Mail der C._____ vom 24. April 2012) oder anderen (Auseinandersetzung mit D._____ vom 25. April 2012) Kündigungsgrundes beschlage, bringt der Kläger im Rahmen der Berufung vor, der Grossteil seiner Zeugenbefragungsanträge zur Unwahrheit der in der Kündigung angegebenen Begründung bzw. zu den wahren Kündigungsgründen seien von der Vorinstanz in willkürlicher und einseitiger Weise vollständig abgewiesen worden. Mit Urteil vom 14. Januar 2016 habe die Vorinstanz die Klage vollumfänglich abgewiesen, was nach der massiven und völlig stossenden Beschneidung der Beweisführungsrechte des Klägers nicht anders zu erwarten gewesen sei (Urk. 106 S. 9, S. 11).

6.2. Zu beweisen sind rechtserhebliche, streitige Tatsachen (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Dabei ist es das Recht jeder Partei, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt (Art. 152 Abs. 1 ZPO). Fristgerecht bedeutet, dass die behaupteten Beweismittel vor Aktenschluss vorgebracht werden müssen (vorstehend E. II.1.2.). Formgerecht heisst, dass die Beweisanträge regelkonform ins Verfahren einzubringen sind. Insbesondere müssen die Beweisofferten den einzelnen zu beweisenden Tatsachen klar zugeordnet werden (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO). Es muss eindeutig ersichtlich sein, welche Beweismittel zu welchen Tatsachenbehauptungen angerufen werden. Entsprechend sind die einzelnen Beweisofferten in der Regel unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen aufzuführen. Jedenfalls muss bei den einzelnen Be-

weisanträgen ersichtlich sein, welche Tatsachen damit bewiesen werden sollen. So geht es nicht an, einen ganzen Sachverhaltskomplex zu schildern und sich zum Beweis des vorgetragenen Sachverhalts am Schluss auf einen Stoss Akten oder eine Anzahl Zeugen zu berufen. Wird nur unbestimmt auf ein Beweisthema Bezug genommen, kann der Beweis Antrag auf einen unzulässigen Ausforschungsbeweis hinauslaufen (ZK ZPO-Leuenberger, Art. 221 N 51; E. Pahud, Dike-Komm-ZPO, Art. 221 N 17).

6.3. Vor diesem Hintergrund zielt die Kritik des Klägers an der vorinstanzlichen Beweisabnahme ins Leere. Abgesehen davon, dass seine Beanstandungen in der Stellungnahme vom 3. Oktober 2014 verspätet erfolgten und für die Vorinstanz unbeachtlich waren, unterlässt es der Kläger in der Berufung, im Einzelnen darzulegen, inwiefern er vor Aktenschluss im vorinstanzlichen Verfahren seine Tatsachenbehauptungen aufgestellt und mit entsprechenden Beweisanträgen verknüpft bzw. die Vorinstanz seine frist- und formgerecht gestellten Beweisanträge übergeben hat. Soweit ersichtlich hat der Kläger in seiner Klagebegründung vom 21. Oktober 2013 keine Zeugen offeriert (Urk. 12 S. 8). In der Replik vom 17. Juni 2014 begnügte er sich hauptsächlich damit, zur Untermauerung des von ihm geschilderten Sachverhalts ein Beweismittelverzeichnis mit einer Liste einzuvernehmender Zeugen ins Recht zu reichen (Prot. I S. 13; Urk. 33). Dabei ist es, wie ausgeführt (vorstehend E. III.6.2.), unzulässig, sich zum Beweis eines geschilderten Sachverhaltskomplexes pauschal auf eine Anzahl Zeugen zu berufen. Jedenfalls hätte der Kläger in der Berufung mittels klarer und sauberer Verweisungen auf seine Ausführungen und Beweisanträge vor der Vorinstanz darzutun gehabt, zu welchen Tatsachenbehauptungen er welche Beweismittel offeriert hatte. Die pauschale Rüge, die Vorinstanz habe in willkürlicher Weise die von ihm angerufenen Beweise nicht abgenommen, kann dazu nicht genügen. Wie dargelegt (vorstehend E. II.1.2.) ist es nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und Rechtsschriften des vorinstanzlichen Verfahrens zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo vorgebracht hat und ob die Tatsachenbehauptungen aufgestellt und die dazugehörigen Beweismittel bezeichnet worden sind.

Wenn der Kläger insbesondere geltend macht, es sei völlig unverständlich, dass die Vorinstanz den mehrfachen Antrag auf Einvernahme des Zeugen H._____ abgelehnt habe, denn gerade dieser sei Zeuge des Vorfalls vom 25. April 2012 (Urk. 106 S. 9 und S. 21), dann ist dazu zum einen festzuhalten, dass der Vorfall vom 25. April 2012 von der Beklagten unbestritten blieb (Urk. 27 S. 8; Prot. I S. 18; Urk 115 S. 18) und damit auch nicht Gegenstand des Beweisverfahrens sein konnte, und zum anderen, dass die vom Kläger vor Vorinstanz dazu aufgestellte Tatsachenbehauptung derart unsubstantiiert war, dass sie in dieser Form nicht zum Beweis verstellt werden konnte (Prot. I S. 13). Trotz Nachfragen des Vorderrichters vermochte der Kläger seine Tatsachenbehauptungen kaum näher zu konkretisieren und mit den entsprechenden Beweisanträgen zu verknüpfen (Prot. I S. 15). Aus den genannten Gründen besteht vorliegend weder Raum für eine Rückweisung an die Vorinstanz zur allfälligen Vervollständigung des Sachverhalts noch für eine obergerichtliche Beweisergänzung, wie der Kläger es verlangt (Urk. 106 S. 27 f.).

6.4. Wenn der Kläger in seiner Berufungsschrift vom 17. Februar 2016 ausserdem moniert, die Vorinstanz habe das Beweisthema zu eng gefasst, indem sie es zu Unrecht auf die zwei alternativen Kündigungsgründe (E-Mail der C._____ vom 24. April 2012 oder Auseinandersetzung mit D._____ vom 25. April 2012) beschränkt und damit dem Kläger eine gehörige Beweisführung über die gegen ihn geführte systematische Mobbingkampagne und insbesondere auch über die Wahrhaftigkeit der an ihn gerichteten, kündigungsbegründenden Vorwürfe verunmöglicht habe (Urk. 106 S. 12 f.), ist der Beklagten zuzustimmen, wenn sie in der Berufungsantwort dem entgegenhält, der Kläger hoffe, durch das Befragen diverser Zeugen weitere Elemente des behaupteten Mobbings in Erfahrung zu bringen und erkenne dabei den Unterschied zwischen Behauptungs- und Beweisstadium im Zivilprozess. Die Einvernahme von Zeugen könne nicht dazu dienen, den Sachverhalt zu ergänzen und zu komplettieren. Vor Vorinstanz habe der Kläger geltend gemacht, es sei ihm aus rassistischen Gründen gekündigt worden, und er habe dazu einzig drei Vorfälle genannt (Urk. 115 S. 6 und S. 10; Prot. I S. 15).

Weder wurde eine systematische Mobbingkampagne vom Kläger vor Vorinstanz behauptet (vorstehend E. III.5.3.), so dass darüber eine Beweisführung überhaupt möglich gewesen wäre, noch setzt sich der Kläger mit den vorinstanzlichen Erwägungen zu den möglichen Kündigungsgründen und deren Kausalität für die Kündigung auseinander (vorstehend E. III.5.1). Unklar bleibt auch, inwiefern das Beweisthema – so wie vom Kläger gefordert (Urk. 106 S. 13) – nach der Einvernahme des Zeugen L._____ zu öffnen gewesen wäre. Der Kläger fügt zur Begründung an, dass spätestens gestützt auf die Aussagen des Zeugen L._____ zur anstandslosen und andauernden Weiterbeschäftigung des Klägers nach der Kündigung die Behauptungen im Kündigungsschreiben der Beklagten vom 26. April 2012 pulverisiert worden seien und sich diese mit hoher Wahrscheinlichkeit als falsch herausgestellt hätten (Urk. 106 S. 12 f.). Die Vorinstanz führte zutreffend aus, dass die Beklagte keine Pflicht getroffen habe, den Kläger nach Beendigung des aktuellen Einsatzes durch die C._____, aus welchen Gründen diese auch immer erfolgt ist, weiter zu beschäftigen (Urk. 107 S. 13). Im Übrigen lässt sich aus dem Umstand, dass der Kläger sich nach der Kündigung angeblich klaglos verhalten haben soll, nicht ohne Weiteres der Umkehrschluss ziehen, es habe vor der Kündigung nie Anlass zu Beanstandungen gegeben. Immerhin ist unbestritten, dass der Kläger infolge eines ...unfalls am 1. Februar 2012 von der Beklagten schriftlich verwahrt worden war.

7. Unzutreffend ist, wenn der Kläger vorbringt, es sei völlig irrelevant, ob die Beklagte gewusst habe, dass er über eine Temporärfirma wiedereingestellt worden sei oder nicht, entscheidend sei vielmehr, dass er die gleichen Aufgaben für dieselbe Auftraggeberin während mehr als eines Jahres nach der Kündigung völlig klaglos wahrgenommen habe; er sei also weder unfähig gewesen, noch habe er nicht mehr eingesetzt werden können (Urk. 106 S. 13 und S. 17). Der Kläger geht insofern fehl, als er nach der Kündigung über das Temporärbüro unter falschem Namen bei der Beklagten eingesetzt wurde. Der Zeuge L._____ sagte dazu aus, unter Druck die Idee der verdeckten Wiedereinführung des Klägers mit falschem Namen gehabt und das Ganze vor seinen Vorgesetzten verheimlicht zu haben (Urk. 77 S. 6 ff.). Der Vorinstanz kann gefolgt werden, dass L._____ Aussagen insofern glaubhaft sind, als er sich damit selbst belastete. Sie erwog daher

zu Recht, dass die Beklagte von der Weiterbeschäftigung des Klägers nichts gewusst haben konnte, weshalb ihr eine rechtsmissbräuchliche Kündigung infolge widersprüchlichen Verhaltens nicht vorgeworfen werden kann (Urk. 107 S. 21 f.). Der Kläger setzt sich in der Berufungsschrift mit den entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz einmal mehr nicht auseinander.

8.1. Der Kläger bringt vor, die Vorinstanz habe zwar zu Recht festgestellt, dass die Beklagte im April 2012 noch entschlossen gewesen sei, den Kläger als ...begleiter in ihren Diensten zu behalten, verfehlt sei es jedoch, einen "alternativen Gegensatz" zwischen den beiden der Kündigung vorangehenden Ereignissen (E-Mail der C._____ vom 24. April 2012 und Zwischenfall mit D._____ vom 25. April 2012) konstruieren zu wollen, wie dies die Vorinstanz bereits in ihrem Beweisbeschluss vom 11. September 2014 sowie auch im Endurteil vom 14. Januar 2016 getan habe. Es sei keineswegs so, dass entweder das eine oder andere Ereignis die Kündigung verursacht habe, handle es sich doch bei der E-Mail der C._____ vom 24. April 2012 offensichtlich um das Resultat der vorangegangenen Disqualifizierungs-Kampagne der ...führer D._____ und E._____. Es ergebe sich somit, dass beide der Kündigung vorangegangenen Ereignisse Teil der wahrheitswidrigen beruflichen Disqualifizierungs-Mobbing-Kampagne von D._____ und Konsorten gewesen seien. Der Unterschied sei einzig, dass der Vorfall vom 25. April 2012 eine direkte Ursache und die E-Mail vom 24. April 2012 eine indirekte Ursache im Rahmen der gleichen Mobbing-Kampagne darstelle (Urk. 106 S. 15 f.).

8.2. Die Vorbringen des Klägers sind neu und daher unbeachtlich (vorstehend E. II.1.1. f. und E. III.5.3.). Weder hatte der Kläger vor Vorinstanz von einer Mobbing-Kampagne gesprochen noch behauptet, dass sowohl die Auseinandersetzung mit D._____ am 25. April 2012 als auch die E-Mail der C._____ vom 24. April 2012 Teil einer gegen ihn lancierten Disqualifizierungs-Kampagne gewesen seien. Auch zeigt der Kläger in seiner Berufung nicht auf, inwiefern die Ausführungen der Vorinstanz zur Kausalität der beiden möglichen Kündigungsgründe unzutreffend sein sollten. Jedenfalls trifft es nicht zu, dass sich die Vorinstanz nur mit den beiden für sie ersichtlichen Kündigungsgründen auseinandergesetzt hätte

(Urk. 106 S. 15), nahm sie doch im Urteil zu allen vom Kläger vor Aktenschluss behaupteten Vorfällen vom 16. Januar 2012, 1. Februar 2012 und 25. April 2012 Stellung (Prot. I S. 15; Urk. 107 S. 6 ff.), soweit er die Ereignisse substantiiert hatte. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, wenn sie erwog, dass keiner der vom Kläger genannten Vorfälle rassistischen Inhalts war, wie dies von ihm im vorinstanzlichen Verfahren noch behauptet wurde. Auch lässt sich aus den genannten Ereignissen kein Mobbing und schon gar kein qualifiziertes Mobbing im Sinne einer Kampagne ableiten (vorstehend E. III.5.3.). Es bleibt im Übrigen reine Spekulation des Klägers, dass es sich bei den in der E-Mail der C._____ vom 24. April 2012 erwähnten Reklamationen um solche von D._____ und E._____ gehandelt haben soll (Urk. 21/3). Weder ist Entsprechendes aktenkundig, noch wurde dies vom Kläger im vorinstanzlichen Verfahren behauptet. Wenn der Kläger also sinngemäss geltend macht, die Kündigung der Beklagten vom 26. April 2012 sei kausale Folge einer wahrheitswidrigen "Disqualifizierungs-Mobbing-Kampagne" gewesen, weil die C._____ als Hauptauftraggeberin der Beklagten von D._____ und E._____ mit ungerechtfertigten Reklamationen eingedeckt worden seien (Urk. 106 S. 16 und S. 27), sind seine Vorbringen haltlos.

9. Sofern der Kläger unter Ziffer 5 seiner Berufungsschrift Ausführungen zur fehlenden bzw. nicht fehlenden beruflichen Qualifikation des Klägers für die Arbeit eines ...begleiters macht bzw. erneut versucht, den Inhalt der E-Mail vom 24. April 2012 zu widerlegen (Urk. 106 S. 19 ff.), gehen die Ausführungen am Prozessthema vorbei. So ist die Richtigkeit des Inhalts der E-Mail der C._____ vom 24. April 2012 genauso wenig von Relevanz, wie die Tatsache, dass der Kläger nach der Kündigung unter falschem Namen angeblich stets klaglos gearbeitet haben soll, oder der Umstand, dass der von der Firma "... " durchgeführte Test unbeachtlich sei. Dass die Beklagte den Kläger trotz des ungenügenden Testergebnisses (Urk. 29/8) nicht entlassen wollte, steht aufgrund der E-Mails vom 12. und 19. April 2012 (Urk. 29/9) unbestrittenermassen fest. Was der Kläger daraus letztlich zu seinen Gunsten ableiten will, erhellt nicht. Es ist der Beklagten zuzustimmen, wenn sie dazu ausführt, dass auch das reduzierte Beweismass den Kläger nicht von der Verpflichtung entbinde, wenigstens Indizien, die auf die Missbräuchlichkeit der Kündigung hindeuten würden, zu konkretisieren und zu

beweisen. Davon sei der Kläger meilenweit entfernt. Richtig ist auch, dass es nicht ausreichen kann, dass der Kläger sich nach der Kündigung unter falschem Namen als ausgeliehener Arbeitnehmer bei der Beklagten eingeschlichen hat und dort für längere Zeit unentdeckt geblieben ist (Urk. 115 S. 15).

10. Insgesamt ist daher mit der Vorinstanz festzustellen, dass dem Kläger der Nachweis eines missbräuchlichen Kündigungsgrunds bzw. missbräuchlicher Kündigungsumstände nicht gelungen ist (Urk. 107 S. 22). Hingegen wurde von der Beklagten mittels Urkunden belegt, dass die Arbeitsleistungen des Klägers nicht erst im April 2012 Thema gewesen waren (Urk. 27 S. 4). Nicht nur E. _____ hatte sich in seiner E-Mail vom 16. Januar 2012 über die Unselbständigkeit des Klägers beschwert (Urk. 29/3), auch kam es unbestrittenermassen am 1. Februar 2012 zu einem Unfall, an welchem der Kläger massgeblich beteiligt war. Dafür war er in der Folge von der Beklagten schriftlich verwarnet worden (Urk. 6/5). Auch mit Blick auf die E-Mail von R. _____ der C. _____ vom 7. Februar 2012 an K. _____, den ehemaligen Geschäftsführer Westschweiz der Beklagten, worin R. _____ wörtlich festhielt "A. _____ ist Dein Mitarbeiter. Ich habe keinen Einsatz für ihn. Tipp von mir: Wenn Du ihn nicht weiterbeschäftigen kannst, weil er den Ansprüchen nicht genügt, entlasse ihn. Ich glaube er ist noch in der Probezeit. Da ersparst Du Dir und der B. _____ einigen Ärger" (Urk. 29/7), sowie mit Blick auf den von der "... Berufsbildung" durchgeführten Test (Urk. 29/8) kann nicht gesagt werden, eine missbräuchliche Kündigung erscheine wahrscheinlicher als die Entlassung infolge ungenügender Leistungen. Die Klage ist entsprechend abzuweisen.

IV.

1.1. Die Vorinstanz setzte die Gerichtsgebühr für ihr Verfahren auf Fr. 6'800.– fest (plus Fr. 400.– für die Zeugenentschädigung). Da die Beklagte bezüglich der vom Kläger eingeklagten Spesen im Umfang von Fr. 576.70 vollumfänglich sowie bezüglich des Arbeitszeugnisses grösstenteils unterlag, wurden ihr die Gerichtskosten zu 14.5 % des Gesamtstreitwertes und dem Kläger im Restumfang

(85.5 %) auferlegt. Es kann auf die entsprechende Begründung der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 107 S. 24).

1.2. Die Parteientschädigung wurde von der Vorinstanz auf Fr. 5'767.– festgesetzt und infolge der zahlreichen Parteieingaben sowie zweier Beweisverhandlungen um 100 % auf Fr. 11'500.– erhöht. Der Kläger wurde verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 8'165.– zu bezahlen (Urk. 107 S. 25).

1.3. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erstinstanzliche Verfahren wurde von den Parteien im Berufungsverfahren nicht kritisiert (Urk. 106 S. 29 f., Urk. 115 S. 20). Sie ist aufgrund des Ergebnisses des Berufungsverfahrens zu bestätigen.

2.1. Der Streitwert im Berufungsverfahren beträgt Fr. 19'200.–. Bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis Fr. 30'000.– werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 114 lit. c ZPO). Für die Kostenlosigkeit des Verfahrens ist jedoch der erstinstanzliche Streitwert massgebend. Wenn das Verfahren vor erster Instanz aufgrund der Höhe des Streitwertes wie im vorliegenden Fall kostenpflichtig ist, gilt dies auch für das Rechtsmittelverfahren, und zwar selbst dann, wenn der Streitwert unterdessen die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.– nicht mehr erreicht (*OGer ZH LA130006 vom 14.05.2014, S. 11*). Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist daher auf Fr. 3'000.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1, § 12 Abs. 1 und 2 GebVO) und dem unterliegenden Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2.2. Die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren, welche ebenfalls der im Berufungsverfahren vollumfänglich unterliegende Kläger zu bezahlen hat (Art. 106 Abs. 1 ZPO), ist auf Fr. 2'500.– zu bemessen (§§ 4 Abs. 1, 11 Abs. 1, 13 Abs. 1 und 2 AnwGebVO), mangels Antrags ohne zusätzliche Mehrwertsteuer (Urk. 115 S. 3).

2.3. Der Kläger beantragt auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege. Zufolge Aussichtslosigkeit (Art. 117 lit. b ZPO; vgl. vorstehende Erwägungen) ist das Begehren abzuweisen. Aus dem gleichen Grund besteht auch

kein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (Art. 117 ZPO i.V.m. Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 14. Januar 2016 rechtskräftig geworden ist.
2. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Das Gesuch des Klägers um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die (Rest-) Forderungsklage des Klägers wird abgewiesen.
2. Die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositiv-Ziffern 3 bis 5) werden bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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 vermögensrechtliche, arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 19'200.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 3. August 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. N. Gerber

versandt am:
mc