

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA170027-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hochuli

Urteil vom 5. Februar 2018

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Meilen vom
17. August 2017 (AH160010-G)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 2 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Lohn in der Höhe von CHF 10'115.05 brutto nebst 5 % Verzugszins seit dem 19. Januar 2016 zu entrichten.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger eine Entschädigung für die ungerechtfertigte fristlose Kündigung im Betrag von CHF 10'600.00 netto nebst 5 % Verzugszins seit dem 19. Januar 2016 zu entrichten.
3. Weitere Ansprüche bleiben vorbehalten.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht des Bezirks Meilen vom 11. August 2017:

(Urk. 48 S. 26 f.)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Kosten fallen ausser Ansatz. Die weiteren Kosten bestehend aus CHF 595.-- für Zeugeneinvernahmen werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 6'500.- (Mehrwertsteuer darin eingeschlossen) zu bezahlen.
4. (Mitteilungssatz)
5. (Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 47 S. 2):

- "1. Disp. Ziff. 1 und 3 des Urteils des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Meilen vom 17. August 2017 seien aufzuheben.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Lohn in der Höhe von CHF 10'115.05 brutto nebst 5% Verzugszins seit dem 19. Januar 2016 zu entrichten.
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger eine Entschädigung für die ungerechtfertigte fristlose Kündigung im Betrag von CHF 6'753.50 netto nebst 5% Verzugszins seit dem 19. Januar 2016 zu entrichten.

4. Evtl. sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen in beiden Instanzen zu Lasten der Beklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 57 S. 3):

- "1. Die Berufung des Klägers/Berufungsklägers sei vollumfänglich abzuweisen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge, inkl. Mehrwertsteuer, zu Lasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Sachverhalt

1.1. Der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) war ab dem 1. Februar 2014 bei der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagte) als Servicetechniker mit einem Arbeitspensum von 100% angestellt. Gemäss dem zwischen den Parteien geschlossenen Arbeitsvertrag vom 9. Dezember 2013 betrug der Bruttolohn Fr. 5'300.– pro Monat (Urk. 4/3 S. 1).

1.2. Am 4. März 2015 sandte C._____, Serviceleiter des Kundencenters Zentralschweiz, dem Kläger unter dem Betreff "Gespräch vom 2.3.2015" folgende E-Mail (act. 10/5):

"Hallo A._____"

Das Gespräch zwischen uns und D._____ möchte ich kurz zusammenfassen. Auf Grund der Verschlechterung deiner Arbeitsqualität, wurden folgende Punkte abschliessend festgehalten:

- Auf private Telefonanrufe sowie SMS Versand in der Arbeitszeit ist zu verzichten (Somit wird auch keine Telefonrechnung mehr zu hoch sein).
- Die Arbeit muss gewissenhaft und sorgfältig erledigt werden.
- Bei Unsicherheiten muss D._____ um Rat gefragt werden.

- Das Auftreten zu Kunden extern und intern ist stets Freundlich. Saubere Arbeitsweise und Kleidung ist selbstverständlich!
- Die Arbeiten sind vollständig auszuführen inkl. entsprechendem Materialersatz.

Bei diesen Anliegen muss ab sofort eine messbare Verbesserung stattfinden!

Ich bin überzeugt, dass Du dies umsetzen kannst und hoffe auf eine weitere Zusammenarbeit.

Freundliche Grüsse

C. _____

Serviceleiter

Kundencenter Zentralschweiz".

1.3. Am 18. Juni 2015 verfassten E. _____ (als Leiter Kundencenter Zentralschweiz) und C. _____ (als Serviceleiter Kundencenter Zentralschweiz) zuhanden des Klägers folgendes Schreiben (act. 4/5):

"Verwarnung und Beobachtungsperiode

Sehr geehrter Herr A. _____

Wir nehmen Bezug auf Ihre Tätigkeit als Servicetechniker in den vergangenen 10 Monaten und müssen Ihnen mitteilen, dass Ihre Arbeitsleistung und -einstellung nicht unseren Vorstellungen entspricht, und für eine Weiterbeschäftigung im Rahmen der Anforderungen der anvertrauten Arbeiten und Kompetenzen nicht ausreicht. In diesem Sinne sind wir gezwungen, Ihnen eine Verwarnung zu erteilen.

Beobachtet und festgestellt wurden insbesondere aber nicht abschliessend:

- Qualitativ ungenügende Arbeit mit mangelhaften Diagnosen, Massnahmen und nicht adäquatem Materialeinsatz. Nachbearbeitung der Aufträge sind die Folge.
- Reklamationen von Kunden über unfachmännische Aussagen und Massnahmen
- Wenig Interesse am Aufbau des Wissenstandes erkennbar. Trotz der intensiven Schulung und Erfahrung aus der Tätigkeit bestehen nach wie vor grosse Lücken im Grundlagenwissen.
- Inadäquates und inakzeptables, z.T. ausfälliges Benehmen gegenüber Kollegen und in der Öffentlichkeit als B. _____ Repräsentant.
- Uneinsichtigkeit gegenüber eigenen Fehlern und Ausflüchte in Halbwahrheiten

Die obigen Themenkreise wurden wiederholt in Gesprächen thematisiert und in den Details besprochen und protokolliert. Entsprechende Dokumente sind Ihnen bekannt

- Gespräch vom 2. März 2015
- Gespräch vom 15. Juni 2015

Für eine langfristige und erfolgreiche Weiterbeschäftigung erwarten wir ein sofortiges Ansteigen Ihrer Performance. Wir erwarten insbesondere eine hochprofessionelle Einstellung zu Ihrer Tätigkeit:

- Selbständiges Wissensmanagement. Sie erkennen bestehende Wissenslücken und beschaffen sich Eigeninitiativ das notwendige Wissen für die bevorstehenden Tätigkeiten. Dazu stehen Ihnen umfangreiches Material, Schulungen, Kollegen und Vorgesetzte zur Verfügung.
- Exakte und gewissenhafte Arbeit mit den richtigen Massnahmen vor Ort. Halten einer minimalen Fehlerquote.
- Einwandfreies und professionelles Auftreten als Repräsentant von B._____.
- Faires, aufrichtiges und loyales Verhalten gegenüber Kollegen, Vorgesetzten und Firma.

Für die oben von uns eingeforderten Punkte setzen wir eine Beobachtungsperiode von 6 Monaten aus mit enger Führung durch ihren Gruppenleiter Herr D._____. Eine monatliche schriftliche Überprüfung und Rapportierung der Fortschritte zuhanden SL und KCL soll den Stand der Umsetzung festhalten. Für eine weitere zukünftige Zusammenarbeit setzen wir voraus, dass Sie die geforderten Verbesserungen zu unserer Zufriedenheit umsetzen werden. Wir hoffen im gegenseitigen Interesse, dass Sie sich erfolgreich einsetzen und wir auf eine langfristige Zusammenarbeit bauen können.

Freundliche Grüsse

B._____ AG".

1.4. Am 14. September 2015 führte C._____ mit dem Kläger ein Mitarbeitergespräch durch. Von vier zu erreichenden Zielen wurden drei als "teilweise erreicht" und ein Ziel als "erreicht" bewertet. Von den geforderten vierzehn Kompetenzen wurden drei als "nicht erreicht", sechs als "teilweise erreicht" und fünf als "erreicht" bewertet (Urk. 10/6).

1.5. Am 18. Dezember 2015 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis per 31. März 2016 (Urk. 4/4 und Urk. 10/7).

1.6. Nach der Reklamation eines Kunden am 8. Januar 2016 wegen eines Einsatzes des Klägers (vgl. Urk. 10/9) kündigte die Beklagte am 11. Januar 2016 das

Arbeitsverhältnis "unter Einhaltung der siebentägigen Kündigungsfrist fristlos per 19. Januar 2016" (Urk. 4/6).

2. Prozessgeschichte

2.1. Am 28. Juli 2016 reichte der Kläger unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes F. _____ vom 7. Juli 2016 bei der Vorinstanz die vorliegende arbeitsrechtliche Klage mit den eingangs wiedergegebenen Begehren ein. Der weitere Prozessverlauf kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 48 S. 5 f.). Mit Urteil vom 17. August 2017 wies die Vorinstanz die Klage ab (Urk. 45 = Urk. 48 S. 26 f.; Dispositiv eingangs wiedergegeben).

2.2. Gegen diesen Entscheid erhob der Kläger mit Eingabe vom 21. September 2017 rechtzeitig (vgl. Urk. 46/2) Berufung (Urk. 47). Mit Eingabe vom 1. November 2017 ersuchte die Beklagte um Verpflichtung des Klägers zur Sicherstellung der Parteientschädigung (Urk. 53 S. 2). Am 6. November 2017 erstattete die Beklagte sodann innert angesetzter Frist die Berufungsantwort (Urk. 57). Dazu nahm der Kläger mit Eingabe vom 17. November 2017 Stellung (Urk. 62; der Beklagten am 22. November 2017 zur Kenntnis gebracht [Urk. 63]). Nach je einer Stellungnahme beider Parteien zum Gesuch der Beklagten vom 1. November 2017 (Urk. 59 und Urk. 64) wurde dem Kläger mit Verfügung vom 18. Dezember 2017 Frist zur Leistung einer Sicherheit von Fr. 1'850.– für die Parteientschädigung der Beklagten angesetzt (Urk. 66). Diese Sicherheit wurde rechtzeitig geleistet (Urk. 67).

II.

1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbeurteilung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstin-

stanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGE 142 III 413 E. 2.2.4).

2. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO können im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) nur noch berücksichtigt werden, wenn sie kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun (vgl. BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; BGer 5A_266/2015 vom 24. Juni 2015, E. 3.2.2).

III.

1. Voraussetzungen für eine gerechtfertigte fristlose Kündigung

Nach Art. 337 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Abs. 3). Nach der Rechtsprechung zu Art. 337 OR ist eine fristlose Entlassung nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (BGE 130 III 213 E. 3.1; BGE 130 III 28 E. 4.1; BGE 129 III 380 E. 2.1). Die Abmahnung hat zugleich Rüge- und Warn-

funktion. Zwar muss für die Gültigkeit der fristlosen Entlassung wegen leichterem Verstösse gegen die Arbeits- oder Treuepflicht nicht unter allen Umständen die fristlose Entlassung explizit angedroht worden sein. Indessen kann die Abmahnung ihren Warnzweck nur erfüllen, wenn daraus für den Arbeitnehmer klar hervorgeht, welche Verhaltensweisen nicht mehr toleriert werden und dass er im Wiederholungsfall nicht nur eine ordentliche, sondern eine ausserordentliche Kündigung riskiert (BGE 127 III 153 E. 1b; BGer 4C.370/2004 vom 23. Dezember 2004, E. 2.2.3). Zur Beurteilung der Frage, ob der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben als ausreichend gewarnt zu gelten hat und dem Arbeitgeber bei erneuter Pflichtwidrigkeit die Fortsetzung des Arbeitsvertrages bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden kann, sind die konkreten Umstände heranzuziehen. Abzustellen ist auf die Natur, Schwere und Häufigkeit der Verfehlungen sowie die Reaktion des Arbeitnehmers auf die erfolgte Rüge und Ermahnung (BGer 4A_288/2016 vom 26. September 2016, E. 4.4).

2. Verwarnung

2.1. Die Vorinstanz erwog, sowohl in der E-Mail vom 4. März 2015 als auch im Schreiben vom 18. Juni 2015 mit dem Titel "Verwarnung und Beobachtungsperiode" sei dem Kläger bekannt gegeben worden, welche konkreten Verhaltensweisen nicht mehr geduldet würden. Vom Kläger sei eine zeitnahe Verbesserung gefordert worden, im ersten Schreiben stillschweigend ("Bei diesen Anliegen muss sofort eine messbare Verbesserung stattfinden! Ich bin überzeugt, dass Du dies umsetzen kannst und hoffe auf eine weitere Zusammenarbeit!"), im zweiten Schreiben ausdrücklich als Bedingung ("für eine weitere Zusammenarbeit setzen wir voraus ...") für eine Weiterbeschäftigung bei der Beklagten. Beide Schreiben erfüllten damit zweifellos die aktuellen Anforderungen des Bundesgerichtes an ein Verwarnschreiben (Urk. 48 S. 6 f.).

2.2. Der Kläger rügt, in der E-Mail vom 4. März 2015 sei ihm nicht ansatzweise eine fristlose Kündigung angedroht worden, weshalb ihr die Warnfunktion abzusprechen sei. Durch die allgemein gehaltene Mahnung, bei den aufgelisteten Anliegen müsse ab sofort eine messbare Verbesserung stattfinden, und mit der Aussage des Vorgesetzten C._____, er hoffe auf eine weitere Zusammenarbeit, sei

ihm nicht hinreichend klar gemacht worden, dass das Ausbleiben einer Verbesserung zu einer fristlosen Kündigung führen könnte. Ebenso wenig sei ihm im Schreiben vom 18. Juni 2015 eine fristlose Entlassung angedroht worden. Zwar sei ihm darin aufgezeigt worden, dass er sich für eine langfristige Weiterbeschäftigung bzw. für eine weitere Zusammenarbeit in den aufgelisteten Punkten zu verbessern habe. Begriffe wie "Kündigung", "Beendigung des Arbeitsverhältnisses", "Freistellung", "Auflösung" etc. seien hingegen nicht erwähnt worden. Er habe daher schlimmstenfalls damit rechnen müssen, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis nach der sechsmonatigen Beobachtungsperiode ordentlich kündigen werde. Hinzu komme, dass er gemäss Mitarbeiterbeurteilung vom 14. September 2015 elf (von 14) Zielen (teilweise) erreicht habe und die Beklagte festgehalten habe, sie wünsche sehr, mit ihm weiter zusammenarbeiten zu können. Als die Beklagte sodann auch noch die Beobachtungsperiode ungenutzt habe verstreichen lassen, habe er ab dem 18. Dezember 2015 bei weniger schwerwiegenden Verfehlungen nicht einmal mehr mit einer ordentlichen Kündigung rechnen müssen (Urk. 47 S. 7 ff.).

2.3. Die Beklagte bringt dagegen vor, der Kläger begnüge sich in der Berufung damit, seine Einwendungen im vorinstanzlichen Verfahren zu wiederholen. Weiter habe er in der Replik (Urk. 16 S. 2) implizit bestätigt, dass im März 2015 ein mahnendes Gespräch stattgefunden habe. Er sei sich daher bewusst gewesen, dass sein Verhalten in Zukunft nicht mehr sanktionslos hingenommen werde. Dementsprechend habe die Vorinstanz dieser E-Mail zu Recht eine Warnfunktion zugesprochen. In der Verwarnung vom 18. Juni 2015 habe nicht notwendigerweise eine fristlose Kündigung angedroht werden müssen. Vielmehr genüge, wenn dem Arbeitnehmer zu verstehen gegeben werde, dass das beanstandete Verhalten als untragbar beurteilt und eine Wiederholung nicht sanktionslos hingenommen werde. Dies habe die Vorinstanz zu Recht als erfüllt angesehen, da dem Kläger bekannt gegeben worden sei, welche konkreten Verhaltensweisen nicht mehr geduldet würden und dass eine Weiterbeschäftigung eine zeitnahe Verbesserung bedinge. Der blosser Hinweis des Klägers, er habe nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen müssen, dass er bei Nichterreichen der geforderten Verbesserung eine fristlose Kündigung riskiere, sei nicht ausreichend, zumal er im erstin-

stanzlichen Verfahren weder eine entsprechende Behauptung aufgestellt noch einen Gegenbeweis offeriert habe. Vielmehr habe der Kläger aufgrund der wiederholten Verwarnung und den aufgeführten Verfehlungen mit einer fristlosen Kündigung im Wiederholungsfall rechnen müssen. Dementsprechend sei auch der Verwarnung vom 18. Juni 2015 die Warnfunktion zuzusprechen (Urk. 57 S. 6 ff.).

2.4.1. In der E-Mail vom 4. März 2015 (Urk. 10/5) hält die Beklagte den Kläger zwar zu einer messbaren Verbesserung der Arbeitsqualität an (Rügefunktion). Die Formulierung, sie "hoffe auf eine weitere Zusammenarbeit", beinhaltet jedoch keine ausreichend konkrete Warnung, dass der Kläger bei Nichterreichen der geforderten Verbesserungen mit einer fristlosen Kündigung zu rechnen habe. Infolgedessen handelt es sich bei der genannten E-Mail nicht um eine Verwarnung im technischen Sinn.

2.4.2. In der Verwarnung vom 18. Juni 2015 wurde der Kläger deutlich darauf hingewiesen, dass seine Arbeitsleistung unzureichend sei und die Beklagte bei ausbleibenden Fortschritten das Arbeitsverhältnis beenden werde ("Für eine weitere zukünftige Zusammenarbeit setzen wir voraus, dass Sie die geforderten Verbesserungen zu unserer Zufriedenheit umsetzen werden", Urk. 4/5 S. 2). Da die Beklagte zugleich auch festhielt, "für eine *langfristige* und erfolgreiche Weiterbeschäftigung erwarten wir ein sofortiges Ansteigen Ihrer Performance" (Urk. 4/5 S. 2; Hervorhebung durch das Gericht), musste der Kläger nicht mit einer fristlosen Kündigung rechnen. Dies gilt umso mehr, als die Beklagte am 14. September 2015 im Rahmen einer Beurteilung des Klägers, gemäss welcher lediglich sechs von insgesamt 18 Zielen und Kompetenzen vollständig erreicht wurden, gleichwohl einzig festhielt, "[w]ir wünschen uns sehr mit A. _____ weiter [z]usammenarbeiten zu können und hoffen, dass die auch vor diesem Jahresgespräch getroffenen Vereinbarungen umgesetzt werden" (Urk. 10/6).

2.4.3. Nach dem Gesagten war der Kläger vor der Kündigung am 11. Januar 2016 nicht im technischen Sinn verwarnt worden, da ihm weder in der E-Mail vom 4. März 2015 noch im Schreiben vom 18. Juni 2015 zumindest implizit eine fristlose Kündigung angedroht worden war.

3. Einsatz am 5. Januar 2016

3.1. Die Vorinstanz erwog, gestützt auf diverse Zeugenaussagen stehe fest, dass der Kläger sich am 5. Januar 2016 trotz Pikettdienst gegenüber einem Kunden zunächst grundlos geweigert habe, wegen einer Störungsmeldung auszurücken, alsdann weisungswidrig einen Vorschuss verlangt und sich erst nach der Drohung des Anrufers, dieses Verhalten dem eigenen Vorgesetzten zu melden, schliesslich zu einem Einsatz bereit erklärt habe. Es sei nachvollziehbar, dass dieses Verhalten des bereits abgemahnten Klägers das Vertrauensverhältnis zur Beklagten nachhaltig zerstört habe, zumal für diese als Dienstleistungsunternehmen die Kundenzufriedenheit von besonderer Wichtigkeit sei. Die fristlose Kündigung vom 11. Januar 2016 sei daher gerechtfertigt gewesen (Urk. 48 S. 15 ff.).

3.2. Der Kläger rügt, es treffe nicht zu, dass er sich am 5. Januar 2016 geweigert habe, beim Kunden zu erscheinen. Vielmehr habe er wegen einer Systemstörung nicht in Erfahrung bringen können, ob vom Kunden (wegen früherer Zahlungsschwierigkeiten) eine Vorauszahlung zu verlangen war. Im wohlverstandenen Interesse der Beklagten habe er daher beim ersten Telefonat mit dem Kunden sein Erscheinen von der Leistung eines Vorschusses abhängig gemacht. Als der Kunde bei einem zweiten Telefonat insistiert habe, habe er die Heizungsanlage besichtigt, ohne einen Vorschuss zu verlangen. Eine Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten könne ihm daher nicht vorgehalten werden. Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass er weisungswidrig einen Vorschuss verlangt habe, stelle dies lediglich eine weniger schwer wiegende Verfehlung dar, die nur dann eine fristlose Entlassung rechtfertigte, wenn sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen wäre, was indes nicht der Fall gewesen sei (Urk. 47 S. 11 ff.).

3.3. Die Beklagte bringt dagegen vor, drei Zeugen hätten übereinstimmend ausgeführt, die Mitarbeiter würden dahingehend geschult, dass bei Systemstörungen kein Vorschuss verlangt werden dürfe, sondern der Kunde ohne Weiteres aufzusuchen sei. Der Kläger habe sich daher sehr wohl weisungswidrig verhalten. Zudem sei er zuvor bereits mehrfach verwarnt worden. Ohnehin habe es sich bei der Verfehlung am 5. Januar 2016 nicht nur um eine schwerwiegende Pflichtverletzung, sondern auch um ein strafrechtlich relevantes Verhalten gehandelt, was ei-

ne fristlose Kündigung auch ohne vorgängige Verwarnung gerechtfertigt hätte. So sei der vom Kläger geforderte willkürliche Betrag von Fr. 150.– nicht ansatzweise erklärbar oder in ihrem Interesse, zumal sich bereits die Anfahrtspauschale auf Fr. 98.– belaufe und die Mitarbeiter aus diesem Grund angewiesen seien, bei Kunden mit Zahlungsschwierigkeiten eine Vorauszahlung von Fr. 500.– zu verlangen. Das Verhalten des Klägers könne daher nur damit erklärt werden, dass er den Kunden durch die implizite Androhung von ernstlichen Nachteilen (defekte Heizung im Winter am Freitag Abend bzw. vor dem bevorstehenden Wochenende) im Sinne von Art. 181 StGB dazu habe nötigen wollen, Fr. 150.– an ihn zu bezahlen. Ferner habe er gegenüber dem Kunden vorgegeben, den verlangten Betrag für die Beklagte einzuziehen zu müssen. Da dafür aufgrund des bestehenden Servicevertrags kein Anlass bestanden habe, bestünden keine Zweifel, dass der Kläger den Betrag nicht der Beklagten abgegeben, sondern für sich behalten hätte, was als versuchte Veruntreuung zu qualifizieren sei. Infolgedessen sei das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien unwiederbringlich zerstört worden (Urk. 57 S. 10 ff. mit Verweis auf Urk. 9 S. 15 f.).

3.4. Soweit der Kläger erstmals in der Berufung ausführt, es verstehe sich von selbst, dass er dem Kunden für die Vorschusszahlung eine Quittung ausgestellt und den Barbetrag der Beklagten ausgehändigt hätte (Urk. 47 S. 25), ist weder dargetan noch ersichtlich, weshalb dieses Vorbringen nicht bereits im Rahmen der Replik vor Vorinstanz hätte vorgebracht werden können, weshalb es vorliegend nicht zu berücksichtigen ist (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO; vgl. oben Ziff. II/2). In der Replik hatte der Kläger dem Vorwurf der versuchten Veruntreuung (vgl. Urk. 9 S. 15 f. Rz. 33) lediglich entgegen gehalten, der entsprechende Verdacht der Beklagten sei unbewiesen geblieben. Damit bestritt er deren Vorwurf nicht ausdrücklich. Allerdings brachte der Kläger anschliessend vor, da er wegen technischer Probleme nicht habe überprüfen können, ob vom Kunden eine Vorauszahlung zu leisten sei oder ob ein Wartungsvertrag bestehe (so dass für den Piketteinsatz keine zusätzlichen Kosten angefallen wären), habe er im (wohlverstandenen) Interesse der Beklagten entschieden, auf Nummer sicher zu gehen und vom Kunden Vorauszahlung (des Piketteinsatzes) zu verlangen (Urk. 16 S. 3 f. Rz. 7 und Rz. 10). Zudem führte er in seinem Schlussvortrag aus, beim Piketteinsatz am

5. Januar 2016 habe er sich keines Fehlverhaltens schuldig gemacht (Urk. 38 S. 3). Mit diesen Vorbringen bestritt er den Vorwurf einer versuchten Veruntreuung hinreichend konkret. Aber allein auf Basis des Umstands, dass der Kläger weisungswidrig eine Vorauszahlung in der wiederum weisungswidrigen Höhe von Fr. 150.– bzw. Fr. 200.– (anstelle von Fr. 500.–) verlangte (vgl. Urk. 34 S. 10 ff., S. 23 ff., S. 28 ff., S. 35 f.), kann entgegen der Ansicht der Beklagten nicht ohne Weiteres darauf geschlossen werden, dass der Kläger diese Vorauszahlung nicht der Beklagten abgegeben, sondern für sich behalten hätte. Die entsprechende Behauptung der Beklagten bleibt daher mangels Beweisofferten unbewiesen, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.

3.5. Mangels Androhung eines ernstlichen Nachteils ist das Verhalten des Klägers von vornherein nicht als versuchte Nötigung zu qualifizieren. So ist weder ersichtlich, weshalb der Kunde zwingend auf einen Einsatz der Beklagten angewiesen war und nicht einen anderen Heizungstechniker für die Reparatur hätte aufbieten können (zumal der Kläger entgegen der Darstellung der Beklagten [vgl. Urk. 9 S. 16] nicht kurz vor einem Wochenende, sondern an einem Dienstag aufgeboden wurde) noch weshalb er die unnötigerweise vom Kläger verlangte Vorauszahlung nicht ohne Weiteres von der Beklagten hätte zurückfordern können.

3.6. Zusammenfassend ist dem Kläger im Zusammenhang mit dessen Einsatz am 5. Januar 2016 kein strafbares Verhalten vorzuwerfen. Der Piketteinsatz betraf jedoch eine Aufgabe im Kernbereich der vertraglichen Pflichten des Klägers (vgl. Arbeitsvertrag vom 9. Dezember 2013, Urk. 4/3 S. 1), welche der Kläger in schwerwiegender Weise verletzte, indem er sich erst nach mehrfachem und beharrlichem Insistieren des Kunden dazu bereit erklärte, dem Aufgebot Folge zu leisten, obwohl er nach der Pikettmeldung ohne Weiteres hätte ausrücken müssen (vgl. dazu Urk. 10/9 sowie Urk. 34 S. 10, S. 23 f., S. 28 ff., S. 32 f. und S. 35 ff.). Da er aber den Einsatz letztlich wahrnahm, ist ihm keine *besonders schwere* Pflichtverletzung vorzuwerfen, welche eine fristlose Kündigung auch ohne vorgängige Verwarnung gerechtfertigt hätte (vgl. dazu oben Ziff. 1).

4. Nachgeschobene Kündigungsgründe

4.1. Die Vorinstanz erwog, wiederum gestützt auf diverse Zeugenaussagen könne der Vorwurf des Verbreitens von Unwahrheiten nicht als derart erstellt erachtet werden, dass geradezu von einem Aufhetzen der Mitarbeiter gegenüber der Führung des Kundencenters Zentralschweiz gesprochen werden könne. Allerdings ergebe sich aus der Aussage des Zeugen G._____, dass sich der Kläger praktisch immer negativ über seine Vorgesetzten geäussert habe. Zudem sei erstellt, dass der Kläger die an die Mitarbeiter gerichtete Aufforderung seines Vorgesetzten, ihn über vorhandene Occasionsbrenner zu informieren, unterlaufen habe, indem er mehreren Mitarbeitern angeboten habe, solche Brenner (und ausgebaute Steuermodule) für Fr. 100.– zu erwerben. Dass dieses Angebot bloss scherzhaft gemeint gewesen sei, wie der Kläger erstmals in der Stellungnahme zum Beweisergebnis vorgebracht habe, lasse sich den gemachten Zeugenaussagen nicht entnehmen. Mit beiden Verhaltensweisen habe der Kläger seine Treuepflicht gegenüber der Beklagten verletzt. Bezüglich der Brenner habe er zudem die für Arbeitnehmer gemäss Art. 321b OR geltende Herausgabepflicht unterlaufen, indem er Kollegen angehalten habe, die Brenner ihm zu verkaufen anstatt sie der Beklagten zugänglich zu machen. Der Kläger habe somit weitere arbeitsvertragliche Pflichten verletzt, weshalb sich die fristlose Kündigung auch aus diesem Grund als gerechtfertigt erweise (Urk. 48 S. 23 ff.).

4.2. Der Kläger rügt, die Beklagte habe vor Vorinstanz gar nie behauptet, er habe sich negativ über Vorgesetzte geäussert. Der Zeuge G._____ habe zwar auf die Frage, ob er sich einmal negativ über seine Vorgesetzte geäussert habe, mit "praktisch immer" geantwortet. Aber auch auf mehrfaches Nachfragen hin habe er kein einziges Beispiel für eine solche negative Äusserung nennen können. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei somit weder substantiiert dargetan noch bewiesen, dass und inwiefern er sich negativ über seine Vorgesetzten geäussert habe. Aber selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, stellte dies bloss eine weniger schwerwiegende Verfehlung dar, die eine fristlose Entlassung nur rechtfertigte, wenn sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen wäre. Das Angebot bezüglich der Occasionsbrenner sei sodann bloss scherzhaft gemeint gewesen und

aus Langeweile erfolgt. Dafür spreche namentlich, dass er diese Aussage gegenüber einzelnen Mitarbeitern je nur einmal gemacht habe. Dementsprechend habe er keinen Vorsatz zur Anstiftung zu einer Veruntreuung gehabt. Dessen ungeachtet sei eine versuchte Anstiftung zur Veruntreuung von wertlosen Gegenständen entgegen der Ansicht der Beklagten ohnehin nicht strafbar. Des Weiteren habe die Vorinstanz verkannt, dass von der Beklagten zu beweisen gewesen wäre, dass er das Angebot ernst gemeint habe. Aber selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, handelte es sich dabei lediglich um eine weniger schwerwiegende Verfehlung, die nur dann eine fristlose Entlassung rechtfertigte, wenn sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen wäre (Urk. 47 S. 17 ff. und S. 25 ff.).

4.3. Die Beklagte bringt dagegen vor, der Vorwurf der Verbreitung von Unwahrheiten mit dem Ziel, die übrigen Techniker gegen die Führung aufzuhetzen, sei jedenfalls genügend substantiiert gewesen, damit der Kläger sich im vorinstanzlichen Verfahren dazu habe äussern können. Es sei sodann kein Grund ersichtlich, weshalb die Aussage des Zeugen G._____ nicht Eingang in die Beweiswürdigung habe finden dürfen. Da der Kläger diesbezüglich verwarnt worden sei, sei die fristlose Entlassung bereits aus diesem Grund gerechtfertigt gewesen. Bezüglich der versuchten Anstiftung zur Veruntreuung sei festzuhalten, dass ein geringfügiges Vermögensdelikt im Sinne von Art. 172^{ter} Abs. 1 StGB ausser Betracht falle, wenn sich der Vorsatz des Täters nicht auf einen maximalen Vermögenswert von Fr. 300.– beschränke, was vorliegend erstinstanzlich nicht behauptet worden sei. Ebenso wenig habe der Kläger im vorinstanzlichen Verfahren behauptet, dass das Angebot an seine Arbeitskollegen bloss scherzhaft gemeint gewesen sei und dass die Brenner wertlos seien. Gerade der Umstand, dass er das Angebot gegenüber mehreren Mitarbeitern gemacht habe, unterstreiche die Ernsthaftigkeit seiner Handlung. Dementsprechend hätten weder der Zeuge H._____ noch der Zeuge I._____ Ausführungen dahingehend gemacht, dass es dem Kläger nicht ernst gewesen wäre. Da sich der Kläger ihr gegenüber in strafrechtlich relevanter Weise verhalten habe, sei die fristlose Kündigung offensichtlich gerechtfertigt gewesen. Hinzu komme, dass der Kläger zuvor gewarnt worden sei, indem man von ihm zukünftig ein loyales Verhalten gegenüber Vorgesetzten und der Firma verlangt habe. Dementsprechend sei die fristlose Kündigung selbst dann gerechtfertigt.

tigt gewesen, wenn man die Verfehlungen des Klägers bloss als minder schwer qualifiziere (Urk. 57 S. 14 ff.).

4.4. Soweit der Kläger geltend macht, nachgeschobene Kündigungsgründe müssten von gleicher Art sein wie diejenigen, welche Anlass zur fristlosen Kündigung gegeben haben (Urk. 47 S. 17), ist ihm unter Hinweis auf die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 142 III 579 E. 4.3) nicht zu folgen.

4.5. Vorliegend kann offen bleiben, ob der Kläger sich (gegenüber Arbeitskollegen) negativ über Vorgesetzte geäussert hatte, denn um eine fristlose Kündigung ohne vorgängige Verwarnung rechtfertigen zu können, müssten diese Äusserungen inhaltlich ein drastisches Ausmass angenommen haben, was von der Beklagten indes nie behauptet wurde.

4.6. Der Kläger hielt in seinem Schlussvortrag dem Vorwurf der Anstiftung von Mitarbeitern zur Veruntreuung von ausgebauten Brennern entgegen, dieses Angebot sei bloss scherzhaft gemeint gewesen (Urk. 38 S. 3). Da im vorliegenden Verfahren der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO), konnte der Kläger neue Tatsachen bis zur Urteilsberatung vorbringen (Art. 229 Abs. 3 ZPO; vgl. BSK ZPO-Willisegger, Art. 229 N 51). Die Behauptung wurde somit rechtzeitig vorgebracht. Nachdem allerdings erstellt war, dass der Kläger gegenüber mehreren Kollegen geäussert hatte, er zahle ihnen Fr. 100.– für die Überlassung von ausgebauten Brennern (vgl. Urk. 47 S. 20 sowie Urk. 34 S. 17 f., S. 39 und S. 43), hätte der Kläger die rechtshindernde Tatsache zu beweisen gehabt, dass er dieses Angebot bloss als Scherz geäussert hatte (vgl. dazu BK-Walter, Art. 8 ZGB N 288 f. und N 504; zur Substantiierungs- und Beweislast des sich auf eine Scherzerklärung Berufenden vgl. ferner Erman/Arnold, BGB, 15. Aufl. 2017, § 118 Rz 7). Da er diesbezüglich aber keinerlei Beweise offeriert hatte (vgl. Urk. 38 S. 3), blieb diese Behauptung unbewiesen. Soweit der Kläger erstmals im Berufungsverfahren vorbringt, die ausgebauten Brenner seien wertlos gewesen (Urk. 47 S. 26), handelt es sich um ein unzulässiges neues Vorbringen (vgl. oben Ziff. II/2), das überdies durch den Zeugen C._____ (Vorgesetzter des Klägers) widerlegt wird (Urk. 34 S. 12: "Diese waren zum Teil noch sehr neu. Für CHF 100.00 könnte man sich daran bereichern."). Dessen ungeachtet erweist sich

die Argumentation des Klägers ohnehin als unbehelflich, eine versuchte Anstiftung zur Veruntreuung eines geringen Vermögenswertes sei nicht strafbar (Urk. 47 S. 26). Denn die versuchte Verleitung von Arbeitskollegen zu gegen die Arbeitgeberin gerichteten strafbaren Handlungen wiegt jedenfalls so schwer, dass sie ohne Weiteres geeignet war, das Vertrauensverhältnis in einer Weise zu zerstören, dass der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zuzumuten war.

5. Fazit

Nach dem Gesagten erweist sich die fristlose Kündigung vom 11. Januar 2016 als gerechtfertigt. In der Folge ist die Berufung abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

IV.

1. Wie schon das erstinstanzliche Verfahren ist auch das Berufungsverfahren aufgrund des Fr. 30'000.– nicht übersteigenden Streitwerts kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO).
2. Die von der Vorinstanz für das erstinstanzliche Verfahren festgesetzte Parteientschädigung von Fr. 6'500.– einschliesslich Mehrwertsteuer blieb für den Fall der Berufungsabweisung unangefochten und ist zu bestätigen.
3. Die Kostenfreiheit gemäss Art. 114 ZPO bezieht sich nur auf die Gerichtskosten. Die Zusprechung von Parteientschädigungen erfolgt demgegenüber nach den allgemeinen Regeln (Art. 105 ff. ZPO; BK ZPO I-Sterchi, Art. 113 und 114 N 5; Urwyler/Grütter, Dike-Komm-ZPO, Art. 114 N 2). Der im Berufungsverfahren vollumfänglich unterliegende Kläger hat der anwaltlich vertretenen Beklagten deshalb eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 106 Abs. 1 ZPO), deren Höhe bei einem Streitwert von Fr. 16'868.55 (Urk. 47 S. 2) auf Fr. 1'850.– (einschliesslich Mehrwertsteuer) festzusetzen ist (§ 4 Abs. 1, § 11 Abs. 1 und Abs. 2 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Dispositiv-Ziffern 1-3 des Urteils des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Meilen vom 17. August 2017 werden bestätigt.
2. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'850.– zu bezahlen.
4. Die vom Kläger für die Parteientschädigung der Beklagten bei der Gerichtskasse hinterlegte Sicherheit von Fr. 1'850.– wird der Beklagten zahlungshalber an ihre Parteientschädigung ausbezahlt.
5. 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.

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 vermögensrechtliche Streitigkeit arbeitsrechtlicher Natur. Der Streitwert beträgt Fr. 16'868.55. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 5. Februar 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:
cm