

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LA180021-O/U

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

## **Beschluss und Urteil vom 5. August 2019**

in Sachen

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

Kläger, Widerbeklagter, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich,**

**3. Abteilung, vom 21. Juni 2018 (AH170177-L)**

### **Rechtsbegehren des Klägers und Widerbeklagten:**

(Urk. 1 S. 2; Urk. 23 S. 2)

- " 1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger teilklageweise den Betrag von CHF 29'236.20 zu bezahlen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) gemäss dem Ausgang des Verfahrens."

**Rechtsbegehren der Beklagten und Widerklägerin:**

(Urk. 26 S. 1)

- " 1. Der Kläger/Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Beklagten/Widerklägerin CHF 28'951.55 nebst Zins zu 5% seit dem 14. März 2016 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt zu Lasten des Klägers."

**Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 3. Abteilung (Einzelgericht), vom 21. Juni 2018:**

(Urk. 34 = Urk. 42)

1. Die Hauptklage wird abgewiesen.
2. Die Widerklage wird teilweise gutgeheissen und der Kläger und Widerbeklagte verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin CHF 26'311.55 netto, zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 14. März 2016 zu bezahlen.  
Im Mehrbetrag wird die Widerklage abgewiesen.
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 7'666.15 (CHF 7'118.05 zzgl. 7.7 % MWST) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

**Berufungsanträge:**

des Klägers, Widerbeklagten, Berufungsklägers und Anschlussberufungsbeklagten:

Zur Berufung (Urk. 41 S. 2):

- "1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 21. Juni 2018, Geschäfts-Nr. AH170177-L, sei vollumfänglich aufzuheben;
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger teilklageweise CHF 26'473.45 zzgl. Zins zu 5 % seit 19. Februar 2016 zu bezahlen;
3. Die Widerklage sei vollumfänglich abzuweisen;
4. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zur Neuentscheidung im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen;
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) gemäss dem Ausgang des Verfahrens."

Zur Anschlussberufung (Urk. 52 S. 2):

- "1. Die Anschlussberufung sei vollumfänglich abzuweisen;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) gemäss dem Ausgang des Verfahrens."

der Beklagten, Widerklägerin, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägerin:

Zur Berufung und Anschlussberufung (Urk. 48 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Anschlussberufungsweise sei Ziffer 2 des Urteils des Arbeitsgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 21. Juni 2018 (Geschäfts-Nr. AH170177-L) im Umfang der teilweisen Abweisung der Widerklage aufzuheben und die Widerklage stattdessen in der Höhe von CHF 27'502.15 netto zzgl. Zins zu 5% seit dem 14. März 2016 gutzuheissen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten des Berufungsklägers und Anschlussberufungsbeklagten."

**Erwägungen:**

I.

1. Die Beklagte, Widerklägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin (fortan Beklagte) ist ein Online-Medienunternehmen, das eine Handelsplattform für Luxusgüter und ein Online-Lifestyle-Magazin betreibt (Urk.

26 S. 3 Rz 4). Als einziges Mitglied des Verwaltungsrates fungiert C.\_\_\_\_\_, als Direktor D.\_\_\_\_\_ (Urk. 5/2, Urk. 28/2). Mit Arbeitsvertrag vom 16./20. April 2015 wurde der Kläger, Widerbeklagte, Berufungskläger und Anschlussberufungsbe-  
klagte (fortan Kläger) per 15. Juni 2015 von der Beklagten zu einem Lohn von Fr. 105'000.– brutto pro Kalenderjahr als "Chief Finance & Administration" angestellt und dem CEO unterstellt (Urk. 5/1).

2. Mit Schreiben vom 15. Februar 2016 kündigte die Beklagte das Arbeits-  
verhältnis fristlos mit der Begründung, der Kläger habe – wie am 11. Februar 2016 festgestellt worden sei – seine Firmen-Kreditkarte in erheblichem Masse "persönlich missbraucht" und eine doppelte Lohnzahlung nicht zurückvergütet. Die Beklagte behielt sich die Einleitung von rechtlichen Schritten und eine Anzeige bei der Polizei vor (Urk. 25/14 = Urk. 28/13). Die Kündigung wurde dem Be-  
klagten am 18. Februar 2016 zugestellt (Urk. 28/14).

3. Bereits am 17. Februar 2016 wurde C.\_\_\_\_\_ von der Stadtpolizei Zürich zur Sache befragt (Urk. 25/17). Am 25. April 2017 erhob die Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat gegen den Kläger Anklage wegen Veruntreuung etc. (Urk. 28/15). Mit Urteil vom 30. Oktober 2017 sprach das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung - Einzelgericht, den Kläger der mehrfachen Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 StGB schuldig (Urk. 28/16, Urk. 31c). Gegen diesen Schuldspruch erhob der Kläger Berufung (Urk. 45/2). Mit Urteil vom 14. März 2019 bestätigte die I. Strafkammer den Schuldspruch wegen mehrfacher Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB (Bezüge vom 6. November 2015, 22. November 2015, 13. Dezember 2015 und 15. Januar 2016; total Fr. 15'215.50); im Übrigen sprach sie ihn vom Vorwurf der Veruntreuung frei (Urk. 58).

4. Mit Klageschrift vom 25. September 2017 machte der Kläger das vorlie-  
gende Verfahren mit obgenanntem Rechtsbegehren bei der Vorinstanz rechts-  
hängig (Urk. 1). Die Beklagte erhob Widerklage mit obgenanntem Rechtsbegeh-  
ren (Urk. 26 S. 1). Für den Verlauf des Verfahrens kann auf den angefochtenen  
Entscheid verwiesen werden (Urk. 42 S. 3 f.). Am 21. Juni 2018 fällte die Vor-  
instanz das eingangs im Dispositiv aufgeführte Urteil (Urk. 34 = Urk. 42).

5. Dagegen führt der Kläger mit Eingabe vom 3. September 2018, gleichentags zur Post gegeben und hierorts eingegangen am 5. September 2018, Berufung mit den eingangs genannten Anträgen (Urk. 41). Die Beklagte erstattete die Berufungsantwort mit Eingabe vom 29. Oktober 2018; gleichzeitig erhob sie Anschlussberufung mit den eingangs genannten Anträgen (Urk. 48). Am 12. Dezember 2018 erstattete der Kläger die Anschlussberufungsantwort und eine freigestellte Stellungnahme zur Berufungsantwort (Urk. 52), die der Beklagten am 14. Januar 2019 zugestellt wurden (Urk. 56). Am 21. Juni 2019 ging eine Noveneingabe der Beklagten ein (Urk. 57), worauf der Kläger mit Eingabe vom 4. Juli 2019 Stellung bezog (Urk. 60). Mit Verfügung vom 5. Juli 2019 wurde die letzte Eingabe des Klägers der Beklagten zugestellt und den Parteien der Übergang der Sache in das Stadium der Urteilsberatung angezeigt (Urk. 61; den Parteien zugestellt am 8. Juli 2019).

## II.

1.1 Der vom Kläger eingeklagte Betrag von Fr. 29'236.20 setzt sich wie folgt zusammen (Urk. 23 S. 19 f.):

Lohn bzw. Lohnersatz Februar bis Juni 2016	Fr.	30'942.00
Anerkannte Privatbezüge	Fr.	-17'361.20
Zahlung Arbeitslosenkasse	<u>Fr.</u>	<u>-2'053.35</u>
Zwischentotal	Fr.	11'527.45
Entschädigung (Pönale)	Fr.	15'296.00
Bonus 2015	<u>Fr.</u>	<u>2'412.75</u>
Eingeklagter Betrag	Fr.	29'236.20

1.2.1 Die Vorinstanz prüfte zunächst, ob die Voraussetzungen für eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses (Art. 337 OR) gegeben waren. Dabei wies sie einleitend darauf hin, dass der Zivilrichter bei der Beurteilung der Schuld oder Nichtschuld nicht an die Entscheide des Strafrichters gebunden sei; dies hindere den Zivilrichter jedoch nicht daran, sich auf Beweisergebnisse der Strafuntersuchung zu stützen und dieselben als Indiz zu berücksichtigen. Die Vorinstanz wertete es "auch bei nicht rechtskräftigem Entscheid" zumindest als Indiz, dass im Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 30. Oktober 2017 festgestellt worden sei, dass der Kläger die Privatbezüge mit der Geschäftskredit-

karte ohne Zustimmung und Wissen der Beklagten getätigt habe. Wie nachfolgend aufgezeigt werde, sei nicht ersichtlich, weshalb im vorliegenden Verfahren davon abzuweichen sei, zumal sich die Vorbringen des Klägers in beiden Verfahren weitgehend decken würden (Urk. 42 S. 6 ff. E. 1).

1.2.2 Der Kläger machte vor Vorinstanz geltend, C.\_\_\_\_\_ habe ihm Ende Juli 2015 die Erlaubnis erteilt, die Firmenkreditkarte für einen privaten Flug nach Neapel und darüber hinaus auch in Zukunft für private Zwecke zu verwenden, falls er die bezogenen Beträge in der Buchhaltung ausweise und bei Zeit zurückzahle (Urk. 23 S. 2 f. Ziff. 2). Die Beklagte hielt dem entgegen, der Kläger habe C.\_\_\_\_\_ im August 2015 mündlich mitgeteilt, dass er mit der Firmenkreditkarte einen Flug nach Neapel für Fr. 316.– gebucht habe und sich diesen Betrag vom Lohn abziehen werde; darauf habe C.\_\_\_\_\_ dem Kläger erwidert, dass dies ausdrücklich nicht gewünscht sei, er diese Zahlung in der Buchhaltung aussondern müsse und er private Zahlungen mit der Kreditkarte zu unterlassen habe (Urk. 30 S. 1). Vor dem Hintergrund, dass der Kläger einen Grossteil seiner privaten Auslagen in einschlägigen Etablissements tätigte, qualifizierte die Vorinstanz die Version des Klägers als Schutzbehauptung, die nicht rechtsgenügend substantiiert und überdies nicht mit Beweismitteln untermauert worden sei. Erschwerend komme hinzu, dass die Flugbuchung erst am 8. August 2015 getätigt worden sei, der Kläger die Kreditkarte bis zu diesem Datum aber bereits dreimal für Privatzwecke verwendet habe. Die Behauptung des Klägers, dass er willens und in der Lage gewesen sei, die Privatbezüge zurückzuzahlen, taxierte die Vorinstanz angesichts der Höhe der vorgenommenen Belastungen, der getätigten Lohnabzüge von insgesamt Fr. 1'550.– und allfälligen Boni als haltlos. Die Behauptung des Klägers, sein Grossvater hätte ihm im Notfall einen Erbvorbezug gewährt, sei angesichts des Privatkonkurses vom 9. Juli 2015 weder glaubhaft noch substantiiert. Damit fehle ein *ausdrückliches Einverständnis* der Beklagten zur Verwendung der Geschäftskreditkarte für private Belange (Urk. 42 S. 9 f.).

1.2.3 Die Vorinstanz untersuchte sodann, ob die privaten Bezüge des Klägers durch *konkludentes Verhalten* der Beklagten genehmigt wurden. Sie kam zum Schluss, dass weder dargetan sei, dass die Beklagte die Flugbuchung im

Nachhinein genehmigt habe, noch davon ausgegangen werden könne, dass die Beklagte mit einer nachträglichen Genehmigung des Fluges auch den übrigen privaten Gebrauch der Kreditkarte erlaubt habe (Urk. 42 S. 10 f.). Die Vorinstanz verwarf auch das Argument des Klägers, aufgrund der Zusammenarbeit mit einem externen Treuhänder, der eine Kontroll- und Überwachungsfunktion ausgeübt und die Lohnabrechnungen erstellt habe, sei er zulässigerweise davon ausgegangen, dass die Beklagte gegen seine Bezüge nichts einzuwenden habe. Zumal die massiven privaten Ausgaben in einschlägigen Etablissements in den letzten drei Monaten des Arbeitsverhältnisses getätigt worden seien und sich die intensive Zusammenarbeit mit dem externen Treuhänder vor allem in der Anfangsphase des Arbeitsverhältnisses ereignet habe (Urk. 42 S. 11 f.). Auch das Argument des Klägers, er habe mit C.\_\_\_\_\_ besprochen, dass er sämtliche privaten Transaktionen mit der Geschäftskreditkarte auf einem von ihm eigens für die Buchung der privaten Bezüge eingerichteten Buchhaltungskonto "1096" ausweise, wies die Vorinstanz zurück. Einerseits bleibe schleierhaft, weshalb das Konto mit der nichtssagenden Bezeichnung "1096" auf eine Abmachung hindeuten solle, weil damit die Bezüge nicht offen deklariert worden seien und kein Transparenzbestreben erkennen lasse. Andererseits seien die Ausführungen des Klägers in Bezug auf das Konto "1096" ungenügend substantiiert, weshalb nicht von der behaupteten Abmachung ausgegangen werden könne (Urk. 42 S. 12). Die Vorinstanz hielt weiter fest, dass der Kläger von Oktober 2015 bis und mit Januar 2016 jeweils monatliche Lohnabzüge von Fr. 300.– und Fr. 500.– vorgenommen habe, die auf den Lohnabrechnungen mit dem Vermerk "Bereits ausbezahlt" vom Nettolohn abgezogen worden seien. Wenn der Kläger geltend mache, dass diese Abzüge C.\_\_\_\_\_ bekannt gewesen seien, da dieser veränderte Lohnzahlungen habe freigeben müssen und die vom Treuhänder erstellten Lohnabrechnungen gesehen habe, sei die Substantiierung auch in diesem Punkt ungenügend. Zudem könne selbst mit Kenntnis solcher Abzüge nicht ohne Weiteres auf eine Genehmigung des klägerischen Verhaltens bzw. der privaten Bezüge geschlossen werden (Urk. 42 S. 12 f.).

1.2.4 Die Vorinstanz prüfte sodann das Argument, die monatlichen Kreditkartenabrechnungen seien jeweils von C.\_\_\_\_\_ und die Kreditkartenabrechnung

vom Dezember 2015 vom CEO D.\_\_\_\_\_ geprüft worden, weshalb von einer Genehmigung der Privatbezüge habe ausgegangen werden dürfen. Die Vorinstanz stellte in dieser Hinsicht fest, es sei unbestritten, dass die Kreditkartenrechnungen per Lastschriftverfahren automatisch beglichen worden und die jeweiligen Abrechnungen an den Kläger persönlich adressiert gewesen seien. Die Abrechnungen für September bis und mit November 2015 würden keinen Hinweis darauf enthalten, dass sie von der Beklagten zur Kenntnis genommen worden seien. Die Abrechnung für Dezember 2015 enthalte zwar einen von D.\_\_\_\_\_ angebrachten Eingangsvermerk ("05/01/2016"), doch führe der Kläger nicht näher aus, weshalb D.\_\_\_\_\_ die Abrechnung am 5. Januar 2016 auf Unstimmigkeiten hätte überprüfen sollen. Aufgrund der Aufgabenverteilung und der Umstände (Dauer der Ferienabwesenheit des Klägers über Weihnachten/Neujahr, Aufgabenteilung) könne der Vermerk des Eingangs auch nicht mit der Kenntnisnahme des Inhalts gleichgesetzt werden. Die Buchungen auf der betreffenden Abrechnung seien – im Gegensatz zu den Abrechnungen des vorhergehenden und nachfolgenden Monats – denn auch nicht auf den ersten Blick verfänglich (Urk. 42 S. 13 f.). Schliesslich vermochte die Vorinstanz auch aufgrund der mehrfachen Erhöhung der Ausgabenlimite der Kreditkarte nicht auf eine Kenntnisnahme und Genehmigung der Privatbezüge zu schliessen. In Anbetracht der Art und Höhe der Ausgaben bezeichnete sie einen solchen Schluss als geradezu abwegig. In Bezug auf den Grund der Anpassungen seien die Behauptungen des Klägers unsubstantiiert geblieben; er habe es unterlassen, konkrete Kausalitäten aufzuzeigen und die behaupteten Anpassungen darzulegen bzw. Beweismittel zu bezeichnen (Urk. 42 S. 14 f.). Damit habe die Beklagte weder ausdrücklich noch konkludent ihr Einverständnis zu den mit der Geschäftskreditkarte getätigten Privatbezügen erklärt (Urk. 42 S. 15).

1.3 Die Vorinstanz taxierte die fristlose Kündigung als rechtzeitig erfolgt. Sie hielt dafür, es sei unbestritten, dass die Beklagte spätestens am Mittwoch, 10. Februar 2016, mit der Firma E.\_\_\_\_\_ telefoniert und zu diesem Zeitpunkt gewusst habe, dass die Belastungen nicht durch eine Drittperson sondern durch den Kläger selbst erfolgt seien. Damit sei die am Montag, 15. Februar 2016, ausgesprochene Kündigung am dritten Tag nach Ablauf der Abklärungsfrist und damit innert

der bundesgerichtlichen Frist von drei Arbeitstagen erfolgt. Es könne daher offen gelassen werden, ob die Beklagte erst am 11. Februar 2016 die Kreditkartenabrechnungen kontrolliert und die finale Gewissheit erlangt habe, dass der Kläger die ungerechtfertigten Privatbezüge getätigt habe. Damit habe der Kläger lediglich Anspruch auf Lohn bis zur fristlosen Kündigung. Nachdem der Kläger den Lohn für den Januar 2016 doppelt erhalten habe, stehe ihm für Februar 2016 kein Lohn mehr zu, weshalb die Klage insoweit abzuweisen sei (Urk. 42 S. 15 ff.).

1.4 Mit der Klage verlangte der Kläger die Ausrichtung eines Bonus von Fr. 2'412.75 (Urk. 23 S. 20). Die Vorinstanz qualifizierte den Bonus gemäss Ziffer 5 des Arbeitsvertrags als unechte Gratifikation, die einerseits vom Geschäftsergebnis und andererseits von der subjektiven Einschätzung der Arbeitsleistung des Klägers durch den Arbeitgeber abhängig gemacht wurde. Der Kläger habe – so die Vorinstanz – die Voraussetzungen, die einen Bonusanspruch begründen könnten, nicht substantiiert. Die vom Kläger aufgestellte und von der Beklagten bestrittene Behauptung, es sei ihm der Bonus von C.\_\_\_\_\_ zugesichert worden, sei ebenfalls nicht substantiiert worden. Aufgrund der Umstände sei nichts daran auszusetzen, wenn die Beklagte den Bonus für das Jahr 2015 auf null Franken festgelegt habe. Die Klage sei auch insoweit abzuweisen (Urk. 42 S. 17 ff.).

2.1 Der von der Beklagten widerklageweise geltend gemachte Anspruch von Fr. 28'951.55 setzt sich wie folgt zusammen (Urk. 26 S. 15):

Unrechtmässige Kreditkartenbezüge	Fr.	20'101.80
Doppelter Januarlohn	Fr.	7'298.00
Zu viel entschädigte Arbeitstage	Fr.	<u>7'523.00</u>
Zwischentotal	Fr.	34'922.80
Selbstdeklarationen	Fr.	-1'550.00
Lohnguthaben (01.01.-18.02.2018)	Fr.	<u>-4'421.25</u>
Eingeklagter Betrag	Fr.	28'951.55

2.2 Die Vorinstanz erwog, dass laut Kläger vom Betrag von Fr. 20'101.80 fünf Transaktionen von total Fr. 1'190.60 abzuziehen seien, weil sie geschäftlicher Natur gewesen seien (18.11.2015: CHF 100.– Spesen für Büromaterial; 23.11.2015: CHF 10.60 für das Trambillet eines IT-Mitarbeiters; 15.12.2015: CHF 60.– Spesen für Büromaterial; 14.01.2016: CHF 1'000.– Barbezug für den Kauf von Büromöbeln in der ... [Einkaufsladen]; 22.01.2016: CHF 20.– Spesen für

Küchenartikel). Zwar habe der Kläger die fünf Positionen nicht genauer substantiiert, doch liege die Beweislast in diesem Punkt bei der Beklagten. Mit der bei den Akten liegenden Kreditkartenabrechnung und Forderungsaufstellung vom 9. März 2016 vermöge die Beklagte den Beweis für die fünf Positionen von Fr. 1'190.60 nicht zu erbringen, womit der Kläger zu verpflichten sei, der Beklagten Fr. 18'911.20 (Fr. 20'101.80 abzüglich Fr. 1'190.60) netto zu bezahlen (Urk. 42 S. 20 f.).

2.3 Als ausgewiesen betrachtete die Vorinstanz den Anspruch der Beklagten im Umfang von Fr. 7'298.– netto, da der Kläger anerkenne, den Lohn für den Januar 2016 doppelt erhalten zu haben. Weiter errechnete die Vorinstanz einen negativen Feriensaldo von 4.38 Tagen und einen entsprechenden Rückforderungsanspruch der Beklagten von Fr. 1'652.35 netto. Sodann erachtete die Vorinstanz den Nachweis dafür, dass der Kläger im Januar und Februar 2016 an 14 Arbeitstagen nicht arbeitsfähig war, für nicht erbracht und sprach der Beklagten weitere Fr. 5'281.60 netto zu (Urk. 42 S. 21 ff.). Daraus resultierte ein Guthaben der Beklagten von Fr. 33'143.15. Davon zog die Vorinstanz den Februarlohn (14 Arbeitstage bis 18. Februar) von Fr. 5'281.60 netto und Selbstdeklarationen in der Höhe von Fr. 1'550.– netto ab, womit die Widerklage im Umfange von Fr. 26'311.55 zuzüglich Zins gutzuheissen war (Urk. 42 S. 21 ff.).

### III.

1. Berufung und Anschlussberufung wurden form- und fristgerecht erhoben. Sie richten sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid. Da die Streitwertgrenze erreicht wird, ist auf die Berufung und die Anschlussberufung – unter Vorbehalt hinreichender Begründung – einzutreten (Art. 308 und Art. 311 ZPO).

2.1 Der Kläger beantragt mit dem Berufungsantrag Ziffer 1 die vollumfängliche Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils. Da er mit Berufungsantrag Ziffer 2 aber lediglich die Zusprechung von Fr. 26'473.45 (neu zuzüglich Zins; vgl. E. III/8) verlangt, ist der vorinstanzliche Entscheid mit Ablauf der Anschlussberufungsfrist

am 30. Oktober 2018 insoweit in Rechtskraft erwachsen, als die Hauptklage im Fr. 26'473.45 übersteigenden Umfange abgewiesen wurde. Dies ist vorzumerken.

2.2 Die Widerklage wurde im Umfang von Fr. 26'311.55 netto zuzüglich Zins teilweise gutgeheissen und im Mehrumfang abgewiesen. Da der Kläger mit Berufungsantrag Ziffer 3 verlangt, die Widerklage sei *vollumfänglich* abzuweisen, scheint klar, dass sich die Berufung nicht gegen die Abweisung der Widerklage im Mehrumfang richtet. Der Beklagte beantragt mit der Anschlussberufung, die Widerklage sei im Umfang von Fr. 27'502.15 netto zuzüglich Zins gutzuheissen. Das Urteil der Vorinstanz ist mit Ablauf der Anschlussberufungsfrist am 30. Oktober 2018 insoweit in Rechtskraft erwachsen, als die Widerklage im Fr. 27'502.15 netto (zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 14. März 2016) übersteigenden Umfange abgewiesen wurde. Auch dies ist vorzumerken.

3. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist zu begründen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Es ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht. Es genügt nicht, lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen zu verweisen, auf frühere Prozesshandlungen hinzuweisen oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise zu kritisieren (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). Auf Rügen, die eine sachbezogene Auseinandersetzung mit den Erwägungen des angefochtenen Urteils vermissen lassen, ist nicht einzutreten. Die Parteien sind grundsätzlich gehalten, erstinstanzlich gestellte Beweisanträge, denen nicht entsprochen wurde, vor der zweiten Instanz zu wiederholen (BGE 144 III 394 E. 4.2 S. 398). Diese Begründungsanforderungen gelten sinngemäss auch für den Inhalt der Berufungsantwort (BGer 5A\_660/2014 vom 17. Juni 2015, E. 4.2 m.w.Hinw.; 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2).

4. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort ge-

gen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor; der angefochtene Entscheid ist grundsätzlich nur auf die gerügten Punkte hin zu überprüfen. In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die mit den Rügen vorgetragene Argumente der Parteien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (BGE 144 III 394 E. 4.1.4 S. 397 f. mit Hinweis auf BGE 142 III 413 E. 2.2.4 und weitere Entscheide). Das Berufungsgericht kann die Rügen der Parteien folglich auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (sog. Motivsubstitution; BGer 2C\_124/2013 vom 25. November 2013, E. 2.2.2; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 318 N 21; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 1507; für das Verfahren vor Bundesgericht: BGE 138 III 537 E. 2.2 S. 540; 137 III 385 E. 3 S. 386; BSK BGG-Meyer/Dormann, Art. 106 N 11 f.).

5.1 Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht wurden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Wer sich auf (unechte) Noven beruft, hat deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen (BGE 143 III 42 E. 4.1 S. 43; BGer 5A\_86/2016 vom 5. September 2016, E. 2.1, je m.w.Hinw.). Neue rechtliche Argumente (Vorbringen zum Recht) stellen keine Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO dar und können in der Berufung uneingeschränkt vorgetragen werden (BGer 4A\_519/2011 vom 28. November 2011, E. 2.1; 5A\_351/2015 vom 1. Dezember 2015, E. 4.3). Sie dürfen sich allerdings nicht auf unzulässige neue Tatsachen stützen.

5.2 Unzutreffend ist die klägerische Auffassung, im arbeitsrechtlichen Verfahren gelte die Novenbeschränkung nicht (Urk. 41 S. 4 N 6). In Verfahren mit sozialer Untersuchungsmaxime gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Novenregelung von Art. 317 Abs. 1 ZPO (BGE 138 III 625 E. 2.2 S. 626 f., 142 III 413 E. 2.2.2 S. 414 f., 144 III 349 E. 4.2.1 S. 351).

6. Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien in der Berufungs- bzw. Berufungsantwort vollständig vorzutragen; ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des Replikrechts dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar neue vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 S. 417 mit weiteren Verweisen). Zulässig sind nur Vorbringen, zu denen erst die Ausführungen in der Berufungsantwort Anlass gaben oder die echte Noven darstellen. Die vom Kläger unaufgefordert eingereichte Stellungnahme zur Berufungsantwort (Urk. 52 S. 10 ff.) enthält überwiegend Wiederholungen oder Vervollständigungen der bisherigen Kritik. Insoweit ist nicht weiter darauf einzugehen. Relevant könnte sie nur in diesen Punkten sein, wo der Kläger zu neuen Vorbringen der Gegenpartei Stellung bezieht (Urk. 52 S. 11 N 41, S. 15 N 54, S. 16 N 60).

7. Der Kläger macht gemäss Berufungsantrag Ziffer 1 einen Zins von 5 % seit 19. Februar 2016 geltend (Urk. 41 S. 2). Dabei handelt es sich um einen neuen Antrag bzw. eine Klageänderung im Sinne von Art. 317 Abs. 2 ZPO (vgl. Urk. 1 S. 2, Urk. 23 S. 2). Der Kläger tut nicht dar, dass die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 2 ZPO erfüllt sind. Gegenteilig hält er im Sinne eines Fazits fest, er habe Anspruch auf Fr. 26'473.45, zu deren Zahlung die Beklagte zu verpflichten sei (Urk. 41 S. 35 N 91). Auf die Klageänderung ist nicht einzutreten.

#### IV.

1.1 Der Kläger rügt zunächst, die Vorinstanz habe vollumfänglich und beinahe unbesehen auf die Argumentation im erstinstanzlichen, nicht rechtskräftigen Strafurteil abgestellt und die Erwägungen des Strafrichters entgegen ihren Ausführungen nicht bloss als Indiz genutzt. Die Vorinstanz halte denn auch fest, dass

gemäss Strafurteil vom 30. Oktober 2017 feststehe, dass der Kläger die Privatbezüge mit der Geschäftskreditkarte ohne Zustimmung und Wissen der Beklagten getätigt habe. Damit habe die Vorinstanz gegen Art. 53 OR und Art. 157 ZPO verstossen sowie das ihr zustehende Ermessen im Sinne von Art. 337 Abs. 3 OR missbraucht (Urk. 41 S. 7 f.).

1.2 Die Vorinstanz hat sich bei der Beurteilung der Kündigung weder vollumfänglich auf das Strafurteil abgestützt noch dieses unbesehen übernommen. Dass sie auf das Strafurteil vom 30. Oktober 2017 Bezug nahm, das Ergebnis der strafrechtlichen Beweismittelwürdigung wiedergab und feststellte, dass sich die Argumentation des Klägers im straf- und zivilrechtlichen Verfahren weitgehend decke, kann ihr nicht zum Vorwurf gemacht werden, zumal der Kläger dieser Feststellung nicht widerspricht. Im Übrigen legte die Vorinstanz einlässlich dar, weshalb vom strafrechtlichen Erkenntnis, wonach die mit der Kreditkarte getätigten Privatbezüge ohne Zustimmung und Wissen der Beklagten erfolgt sind, nicht abzuweichen ist. Dabei ging sie auf die vom Kläger vorgebrachten Argumente ein (Urk. 42 S. 9 bis S. 15). Der Kläger zeigt in diesem Zusammenhang nicht auf, welche – für den Ausgang wesentlichen – Vorbringen die Vorinstanz unberücksichtigt liess. Er legt auch nicht dar, welche von ihm angerufenen Beweismittel übergegangen wurden oder welches Beweismittel anders gewürdigt werden muss. Der Rüge des Klägers geht daher fehl.

2. Der Kläger beharrt mit seiner Berufung auf dem Standpunkt, dass die Beklagte den mittels der Geschäftskreditkarte erwirkten Privatbezügen zugestimmt oder diese zumindest konkludent genehmigt hat (Urk. 41 S. 8 bis S. 21). Mit seinen Ausführungen legt der Kläger über weite Strecken den Sachverhalt aus seiner Sicht dar, ohne darauf einzugehen, wo er die entsprechenden Behauptungen vor Vorinstanz aufstellte. Auch beruft er sich auf diverse Beweismittel ohne anzugeben, wo er vor Vorinstanz die entsprechenden Beweisanträge stellte. Auf solche Vorbringen ist nicht einzutreten. Soweit sich der Kläger mit den Erwägungen der Vorinstanz rechtsgenügend auseinandersetzt, ist nachfolgend darauf einzugehen.

3.1 Der Kläger trägt vor, die Vorinstanz ver falle in wilde Spekulationen und in eine einseitige Beweiswürdigung, wenn sie ausführe, es sei schwer vorstellbar, dass es für private Auslagen in einschlägigen Etablissements eine Zustimmung des Arbeitsgebers gebe. Entscheidend sei, ob dem Kläger im Grundsatz bzw. ganz generell Privatbezüge erlaubt worden seien, was aufgrund der Umstände zu bejahen sei. Eine solche Einwilligung sei von C.\_\_\_\_\_ Ende Juli 2015 erteilt worden, als er um die Erlaubnis ersucht habe, die Firmenkreditkarte für einen privaten Flug nach Neapel zu benutzen. Die drei vor dem 8. August 2015 (Belastung Easy Jet) getätigten Privatbezüge seien zumindest nachträglich von C.\_\_\_\_\_ genehmigt worden (Urk. 41 S. 8 f. N 22 bis N 24, S. 11 N 30).

3.2 Für die Vorinstanz war letztlich nicht ausschlaggebend, ob eine *ausdrückliche Erlaubnis* für Ausgaben in einschlägigen Etablissements schwer vorstellbar sei, weil ein Arbeitgeber mit einer solchen Zustimmung seinem eigenen Ruf schade. Für die Vorinstanz war wesentlich, dass C.\_\_\_\_\_ als Zeuge befragt im Strafverfahren aussagte, dem Kläger sei keine Genehmigung erteilt worden, die Geschäftskreditkarte für private Zwecke zu verwenden. Sie hat sodann festgestellt, dass der Kläger keine Beweismittel für eine gegenteilige Darstellung bezeichnet habe und seine Behauptung, dass er sich deswegen gegen Ende Juli 2015 an C.\_\_\_\_\_ gewandt habe, nicht rechtsgenügend substantiiert worden sei. Als "erschwerend" betrachtete die Vorinstanz den Umstand, dass der Kläger im Zeitpunkt, als er den Flug gebucht habe (8. August 2015), die Geschäftskreditkarte bereits dreimal für private Zwecke verwendet gehabt habe (Urk. 42 S. 9).

3.3 Mit dieser Argumentation setzt sich der Kläger nicht genügend auseinander, wenn er berufungsweise einfach auf seinem Parteistandpunkt beharrt. Er zeigt insbesondere nicht auf, dass er die von ihm als Beweismittel für seinen Standpunkt angebotene Parteibefragung (Urk. 41 S. 9 N 24, S. 12 N 30) bereits im vorinstanzlichen Verfahren als Beweisofferte einbrachte. Widersprüchlich argumentiert der Kläger, wenn er ausführt, bei den drei vor dem 8. August 2015 getätigten Privatbezügen habe es sich um sehr geringe Beträge gehandelt, die sofort hätten zurückbezahlt werden können, und unmittelbar darauf einräumt, dass er in den folgenden Monaten mit Liquiditätsproblemen konfrontiert gewesen sei,

weshalb er die Geschäftskreditkarte weiterhin für private Zwecke benutzt habe (Urk. 41 S. 12 N 30 f.). Eine falsche Beweiswürdigung der Vorinstanz ist nicht ersichtlich.

3.4.1 Der Kläger macht weiter geltend, die Vorinstanz habe die Vorgänge rund um das *Konto "1096"* falsch gewürdigt und von ihm offerierte Beweise nicht abgenommen. Er habe mit C.\_\_\_\_\_ abgemacht, dass er alle mit der Geschäftskreditkarte getätigten privaten Transaktionen einzeln auf einem von ihm extra für die Buchung der privaten Bezüge eingerichteten Buchhaltungs-Konto "1096" ausweise. Die dazugehörigen Unterlagen würden ihm nicht vorliegen und ohne dieselben sei es ihm nicht möglich, nähere Ausführungen dazu zu machen. So hätte das Kontoblatt zweifelsohne Aufschluss darüber geben können, ob die Privatbezüge transparent verbucht worden seien. Die Vorinstanz habe das Editionsbegehren unbeachtet gelassen und insbesondere die Buchhaltungsunterlagen betreffend das Konto "1096" nicht edieren lassen. Auch habe sie es unterlassen, die notwendigen Befragungen durchzuführen. Der Kläger ist der Meinung, die Eröffnung des Kontos und die Verbuchung sämtlicher Beträge auf demselben zeigten klar, dass er aufgrund einer mündlichen Abmachung mit C.\_\_\_\_\_ gehandelt habe. Zudem würde aus dem Kontoblatt "1096" hervorgehen, dass die Abrechnungen offen deklariert und bei der monatlich erstellten Erfolgsrechnung von C.\_\_\_\_\_ bemerkt worden seien. Zudem sei er nicht der einzige Angestellte gewesen, der die Geschäftskreditkarte für private Zwecke habe nutzen dürfen. Seine Vorbringen verbindet der Kläger mit einer Reihe von Beweisanträgen (Urk. 41 S. 9 ff. N 25 bis N 29).

3.4.2 Die Vorinstanz behandelte das Konto "1096" bei der Prüfung der Frage, ob eine konkludente (nicht aber eine ausdrückliche) Genehmigung der Beklagten vorliege. Sie hielt dafür, die Eröffnung und Handhabung des Kontos mit dem nichtssagenden Namen "1096" deute nicht auf eine Abmachung hin. Die Bezüge würden damit nicht offen deklariert, wie vom Kläger behauptet werde. Auch lasse die Vermischung von privaten und geschäftlichen Bezügen kein Transparenzbestreben durchschimmern. Die Ausführungen des Klägers seien in Bezug

auf das Konto "1096" nicht genügend substantiiert worden, weshalb nicht von der behaupteten Abmachung ausgegangen werden könne (Urk. 42 S. 12).

3.4.3 Den Darlegungen des Klägers in der Berufungsschrift kann nicht entnommen werden, wo er sich vor Vorinstanz prozesskonform auf die nunmehr bezeichneten Beweismittel berief (Parteibefragung des Klägers und C.\_\_\_\_s, Buchhaltungsunterlagen betreffend das Konto "1096", die von der Beklagten zu edieren seien, Zeugenaussage C.\_\_\_\_s [Urk. 45/3 S. 10 f.]). Bereits aus diesem Grunde kann der Vorinstanz keine Verletzung des Rechts auf Beweis (Art. 152 ZPO) vorgeworfen werden. Wenn der Kläger die Edition von Buchhaltungsunterlagen fordert, muss ihm auch entgegengehalten werden, dass er vor Vorinstanz die Auffassung vertrat, es gebe für die privaten Bezüge keine Belege, weil sie separat gebucht worden seien (Prot. I S. 16).

3.4.4 Davon abgesehen hat die Vorinstanz darauf hingewiesen, dass C.\_\_\_\_ anlässlich seiner Zeugeneinvernahme im Strafverfahren verneinte, mit dem Kläger eine Vereinbarung über die Verwendung der Firmenkreditkarte getroffen zu haben (Urk. 42 S. 13 mit Verweis auf Urk. 25/6 S. 4 [Frage 15]). Dies wird vom Kläger auch gar nicht in Frage gestellt. Selbst wenn der Kläger im Rahmen einer Parteibefragung seinen Prozessstandpunkt, es habe eine Vereinbarung gegeben, bestätigen würde, stünde Aussage gegen Aussage. Damit könnte der Beweis für eine mündliche Abmachung über die Verbuchung von mittels der Geschäftskreditkarte getätigten Privatbezügen nicht als erbracht gelten.

3.4.5 Dem Kläger hilft auch die Berufung auf die Existenz und die Unterlagen des Kontos "1096" nicht weiter. Entgegen seiner Ansicht kann aus dem Umstand, dass er die einzelne Beträge der privaten Transaktionen verbuchte, nicht auf eine mündliche Abmachung geschlossen werden. Der Kläger führte die Buchhaltung der Beklagten und nicht C.\_\_\_\_ (Urk. 23 S. 4). Der Kläger argumentiert, niemand würde ohne Einwilligung ein Buchhaltungskonto eröffnen und dort weisungswidrige Bezüge jeden Monat den Vorgesetzten und dem externen Buchhalter geradezu auf dem Serviertablett präsentieren. Der Kläger übergeht, dass er lediglich behauptete, "Beträge" verbucht zu haben, die Existenz und Notwendigkeit von Belegen hingegen verneinte (Prot. I S. 16) und – worauf die Vorinstanz

zu Recht hinweist – einen nichtssagenden Kontonamen wählte, so dass keineswegs von einem transparenten Verhalten gesprochen werden kann. Die Verbuchung sämtlicher Beträge der privaten Transaktionen auf einem Konto mit der nichtssagenden Bezeichnung "1096" weist nicht zwingend auf eine zuvor erfolgte mündliche Abmachung hin. Zu Recht erinnerte die Beklagte daran, dass die Verbuchungen auf das vom Kläger kreierte Konto erst im Rahmen des ordentlichen Jahresabschlusses im Februar/März 2016 aufgefliegen wären (Urk. 26 S. 9). Was die Kontounterlagen darüber hinaus mit Bezug auf eine mündliche Vereinbarung genau belegen sollen, zeigt der Kläger wiederum nicht auf.

3.4.6 Der Kläger leitet aus dem Konto "1096" allerdings auch eine nachträgliche (konkludente) Genehmigung durch C.\_\_\_\_\_ ab (Urk. 41 S. 11 N 29). Er legt indes nicht dar, an welcher Stelle er diese Behauptung bereits vor Vorinstanz aufgestellt und wo er dazu die nunmehr genannten Beweismittel (Parteibefragung des Klägers, Urk. 25/6 [Zeugeneinvernahme C.\_\_\_\_\_s] Frage 18) offeriert hätte. Seinem Vorbringen kann daher bereits aus diesem Grund nicht gefolgt werden. Aus der Zeugenaussage C.\_\_\_\_\_s im Strafverfahren könnte aber ohnehin nicht abgeleitet werden, er habe Einsicht in die hier massgeblichen Unterlagen (Kreditkartenabrechnungen, Kontoblatt "1096") genommen bzw. diese kontrolliert. C.\_\_\_\_\_ führte aus, die Firma mache jeden Monat einen Monatsabschluss mit einer Monatserfolgsrechnung, weil sie hätten sehen wollen, wie die Geschäfte gelaufen seien. Diese Erfolgsrechnungen hätten sie mit ihrem Buchhaltungssystem "Abacus" gemacht. Diese Monatsabrechnungen habe der Kläger (von August bis Oktober 2015 noch mit Unterstützung des externen Buchhalters) selber erstellt (Urk. 25/6 S. 4 Frage 18). Der Kläger behauptete nicht, die Kreditkartenabrechnungen (mit den Transaktionsdetails bzw. dem Zahlungsgrund) oder die einzelnen Buchungen des Kontos "1096" (Kontoblatt) seien aus diesen Monatsabrechnungen ersichtlich bzw. darin enthalten gewesen. Vielmehr stimmen die Parteien darin überein, dass es zu den Buchungen keinerlei Belege gab (Urk. 26 S. 8 Rz 17, Prot. I S. 9 und S. 16). Selbst wenn ein Konto mit der Bezeichnung "1096" in den Monatsabrechnungen aufgetaucht wäre, hätte die Kenntnisnahme durch C.\_\_\_\_\_ keine Zustimmung zu den einzelnen Transaktionen bedeutet. Damit fällt eine konkludente Genehmigung ausser Betracht.

Somit kann offen bleiben, ob die Beklagte rechtzeitig vortrug, das Konto "1096" sei kein erfolgswirksames Konto gewesen und daher in der monatlich erstellten Erfolgsrechnung gar nicht erschienen (Urk. 48 S. 17 Rz 80, Urk. 52 S. 11 N 41), nachdem der Kläger vor Vorinstanz erklärte, die privaten Bezüge seien auf dem Konto "1096" als Schuld (und damit nicht als Aufwand) verbucht worden (Prot. I S. 16).

3.4.7 Der Kläger trägt schliesslich vor, wie aus der Zeugenaussage von C.\_\_\_\_\_ im Strafverfahren hervorgehe, sei er nicht der erste und einzige Angestellte gewesen, der die Geschäftskreditkarte zu privaten Zwecken habe nutzen dürfen. Man habe vom betreffenden Mitarbeiter erwartet, dass er seine privaten Bezüge deklariere, und dies durch die Buchhaltung entsprechend kontrollieren lasse (Urk. 41 S. 10 Ziff. 28). Der Kläger zeigt nicht auf, wo er dieses Vorbringen bereits im erstinstanzlichen Verfahren in den Prozess eingebracht hat. Vor Vorinstanz reichte er die Seiten 1, 4, 5 und 12 der Zeugeneinvernahme C.\_\_\_\_\_s zu den Akten (Urk. 25/6+7), nicht aber die Seiten 10 und 11 (Urk. 45/3). Es kann daher zufolge Verspätung nicht mehr berücksichtigt werden. Davon abgesehen kann der Kläger aus dem alleinigen Umstand, dass es bereits einmal einen Firmenmitarbeiter gab, der die Firmenkreditkarte für private Bezüge benutzen durfte (Urk. 45/3 S. 3), nicht ableiten, ihm sei das genau Gleiche auch erlaubt worden. Eine entsprechende betriebliche Übung behauptet der Kläger nicht.

3.5 Die Vorinstanz hat daher weder das Recht auf Beweis verletzt noch den Sachverhalt falsch festgestellt, indem sie ein ausdrückliches Einverständnis der Beklagten und eine (nachträgliche) Zustimmung aufgrund der Verbuchung der Privatbezüge auf das Konto "1096" verneinte.

4.1 Wie schon vor Vorinstanz erblickt der Kläger in mehreren Umständen eine zumindest *konkludente Genehmigung* zur Verwendung der Geschäftskreditkarte für private Zwecke.

4.2 Die Vorinstanz erwog, der Kläger vermöge nicht zu beweisen, dass seine Zusammenarbeit mit einem externen Treuhänder dazu führe, dass die Beklagte selber von der privaten Nutzung der Geschäftskreditkarte durch den Kläger

Kenntnis gehabt und diese genehmigt habe (Urk. 42 S. 11 f.). Mit seiner Berufung wiederholt der Kläger wörtlich seine erstinstanzlichen Vorbringen und leitet daraus ab, damit sei belegt, dass der Kläger dem externen Treuhänder nicht übergeordnet, sondern von diesem zu überwachen gewesen sei (Urk. 41 S. 13 N 36, Urk. 23 S. 4 N 6). Dies stellt keine Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen dar, weshalb der Kläger den Begründungsanforderungen nicht genügt. Den vorinstanzlichen Hinweis, ohnehin seien die massiven privaten Ausgaben in einschlägigen Etablissements in den letzten drei Monaten erfolgt, wogegen die intensive Zusammenarbeit mit dem externen Treuhänder vor allem in der Anfangsphase des Arbeitsverhältnisses erfolgt sei, versucht der Kläger mit dem Argument zu entkräften, dass bereits in den Monaten August bis Oktober 2015 Privatbezüge getätigt worden seien (Urk. 41 S. 14 N 36). Letzteres mag zwar zutreffen. Soweit der Kläger aber geltend macht, die private Natur dieser Bezüge hätten dem Treuhänder auffallen müssen und er hätte dies seiner Auftraggeberin zweifelsohne auch mitgeteilt (Urk. 41 S. 14 N 36), verliert er sich in reiner Spekulation. Der Kläger legt anhand der von August bis Oktober 2015 erfolgten Bezüge auch nicht im Einzelnen dar, weshalb zwingend auf deren private Natur zu schliessen war. Es kann demnach nicht als erstellt betrachtet werden, dass die Hilfestellung durch den externen Treuhänder dazu führte, dass die Beklagte (in der Person von C.\_\_\_\_\_ oder D.\_\_\_\_\_) von der privaten Verwendung der Kreditkarte Kenntnis erlangte und dieses Vorgehen auch billigte.

4.3.1 Der Kläger beanstandet, die Vorinstanz habe unbeachtet gelassen, dass C.\_\_\_\_\_ im Strafverfahren eingeräumt habe, die monatlichen Kreditkartenabrechnungen geprüft und die vom externen Treuhänder erstellten Lohnabrechnungen gesehen zu haben. Es sei realitätsfremd, wenn C.\_\_\_\_\_ die drei letzten Kreditkartenabrechnungen nicht kontrolliert haben wolle, obwohl der Kläger bekanntermassen einen Flug mit der Geschäftskreditkarte gebucht habe. D.\_\_\_\_\_ wiederum habe am 5. Januar 2016 infolge der krankheitsbedingten Abwesenheit des Klägers die Kreditkartenabrechnung vom Dezember 2015 entgegengenommen und darauf den Eingang "5/1/2016" vermerkt. Die Beklagte müsse von den Privatbezügen spätestens aufgrund der Kreditkartenabrechnungen Kenntnis erlangt haben. Und selbstverständlich habe C.\_\_\_\_\_ die infolge der getätigten Ab-

züge auf den Lohnabrechnungen resultierenden Änderungen im Betrag hinterfragt und überprüft (Urk. 41 S. 14 f. N 37 ff., S. 18 N 45, S. 20 N 49).

4.3.2 Die Vorinstanz erwog, die Kreditkartenabrechnungen für September bis und mit November 2015 würden keinen Hinweis enthalten, dass sie von der Beklagten zur Kenntnis genommen worden seien. Auf der Abrechnung für Dezember 2015 habe D.\_\_\_\_\_ zwar einen Eingangsvermerk angebracht. Aufgrund der Aufgabenteilung und der Abwesenheit des Klägers sei das Anbringen eines Eingangsvermerks aber nicht mit der Kenntnisnahme des Inhalts gleichzusetzen, zumal die Buchungen auf der betreffenden Abrechnung nicht auf den ersten Blick verfänglich seien. Aufgrund der in den Lohnabrechnungen Oktober 2015 bis Januar 2016 mit dem Vermerk "Bereits ausbezahlt" ausgewiesenen Abzüge zwischen Fr. 300.– und Fr. 500.– könne nicht auf eine Genehmigung des klägerischen Verhaltens geschlossen werden (Urk. 42 S. 13 f.).

4.3.3 C.\_\_\_\_\_ sagte anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme auf die Frage, ob die monatlichen Abrechnungen der Kreditkarte kontrolliert würden, aus, es sei absolut die Meinung, dass in dieser Firma Rechnungen kontrolliert und visiert würden, auch Kreditkartenabrechnungen. Er erinnere sich aber, dass er die Abrechnungen der letzten zwei, drei Monate nicht mehr gesehen habe. Auf Nachfrage könne er sagen, dass die Kreditkartenabrechnungen nicht direkt zu ihm gekommen seien, sondern ihm hätten vorgelegt werden müssen. Die Post sei jeweils vom Kläger in Empfang genommen und dann verteilt worden (Urk. 25/6 S. 4 Frage 17). Daraus kann nun aber entgegen der Auffassung des Klägers nicht geschlossen werden, C.\_\_\_\_\_ habe die monatlichen Kreditkartenabrechnungen (Urk. 28/9) geprüft und die nicht geschäftliche Natur der Transaktionen des Klägers zur Kenntnis genommen. Die monatlichen Abrechnungen waren unbestrittenermassen an den Kläger adressiert (Urk. 28/9) und enthalten – wie bereits die Vorinstanz unangefochten festhielt – mit Ausnahme des Eingangsvermerks D.\_\_\_\_\_s auf der Dezember-Abrechnung keine Hinweise auf eine Überprüfung. Der Kläger hat denn auch nie behauptet, geschweige denn belegt, dass er die Abrechnungen C.\_\_\_\_\_ zur Prüfung und Genehmigung vorlegte. Mit

der Aussage C.\_\_\_\_s im Strafverfahren vermag der Kläger keine unrichtige Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz darzutun.

4.3.4 Die Vorinstanz hat auch das Argument des Klägers nicht übersehen, C.\_\_\_\_ habe die Lohnabrechnungen eingesehen, die vom Treuhänder erstellt worden seien. Sie hat die Behauptung aber als ungenügend substantiiert und die vorgenommenen Lohnabzüge zwischen Fr. 300.– und Fr. 500.– (Urk. 28/17) für den Nachweis einer Kenntnisnahme von privaten Bezügen mittels der Geschäftskreditkarte als nicht geeignet betrachtet (Urk. 42 S. 13). C.\_\_\_\_ hat in der Zeugeneinvernahme zwar eingeräumt, er habe die vom externen Treuhänder erstellten Lohnabrechnungen in der Regel gesehen (Urk. 25/6 S. 12 Frage 68), und es ist auch nicht restlos klar, was die Vorinstanz meint, wenn sie dem Kläger "in diesem Punkt" eine ungenügende Substantiierung vorwirft. Mit der vorinstanzlichen Argumentation, selbst in Kenntnis solcher Abzüge könne nicht ohne Weiteres auf eine Genehmigung der klägerischen Kreditkartenbelastungen geschlossen werden, setzt sich der Kläger aber nicht ansatzweise auseinander. Die vom Kläger vorgenommenen Lohnabzüge (in den Lohnabrechnungen mit "Bereits ausbezahlt" umschrieben) betreffen runde Beträge und nehmen auf die Kreditkartenrechnungen mit keinem Wort Bezug. Viel eher wäre aufgrund der Abzüge anzunehmen, der Kläger habe einen Barvorschuss in der Höhe des Lohnabzugs bezogen. Gestützt darauf musste C.\_\_\_\_ keinen Verdacht schöpfen. Eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung ist nicht erkennbar.

4.3.5 Unter Berufung auf neue Beweismittel trägt der Kläger in seiner Berufung sodann vor, C.\_\_\_\_ habe die Lohnabrechnungen nicht nur gesehen und genehmigt, sondern im Falle von Änderungen im Betrag auch freigeben müssen, was deshalb relevant sei, weil es aufgrund der vom Kläger getätigten Abzüge monatliche Änderungen gegeben habe, die der Freigabe durch C.\_\_\_\_ bedurft hätten; überdies sei einmal eine Kreditkartenabrechnung nicht mittels LSV sondern "manuell" bezahlt worden, weil die Limite überschritten worden sei (Urk. 41 S. 20 f. N 49 mit Verweis auf Urk. 45/4 Fragen 74 bis 76 und Fragen 77 und 78). Wiederum zeigt der Kläger nicht mit Aktenverweisen auf, wo er diese Tatsachen und Beweismittel bereits im erstinstanzlichen Verfahren in den Prozess einführte,

weshalb darauf nicht weiter eingegangen werden muss. Ohnehin kann auch aufgrund der neu beigebrachten Aussagen C.\_\_\_\_s der vom Kläger gezogene Schluss nicht gezogen werden. C.\_\_\_\_ hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er bei der Freigabe lediglich die verhältnismässige Grössenordnung des Betrags, nicht aber Änderungen im kleinen Bereich überprüft habe (Urk. 45/4 S. 14 Frage 78). Weshalb er aus den um wenige hundert Franken tieferen Lohnauszahlungen (Urk. 25/4, Urk. 28/17) hätte misstrauisch werden oder gar auf einen Kreditkartenmissbrauch schliessen müssen, leuchtet nicht ein. Was die Ausschöpfung des Kreditrahmens betrifft, die dazu führte, dass laut Aussage von C.\_\_\_\_ im Januar 2016 die Karte einmal nicht eingesetzt werden konnte und eine Überweisung an E.\_\_\_\_ getätigt werden musste (Urk. 45/4 S. 14 Frage 76), übergeht der Kläger, dass die Kreditkartenlimite das ganze Geschäft, inkl. der Niederlassungen in London und Hamburg, betraf (Prot. I S. 9). Demnach musste aus der Ausschöpfung des Kreditrahmens nicht zwingend auf einen Missbrauch durch den Kläger geschlossen werden.

4.3.6 D.\_\_\_\_ anerkannte in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 8. November 2016, dass er auf dem Kontoauszug vom 2. Januar 2016, der die Transaktionen des Monats Dezember 2015 enthält, den Vermerk "Eing. 05/01/2016" anbrachte (Urk. 25/10, Urk. 25/11 S. 6 Frage 23). Unbestritten blieb, dass D.\_\_\_\_ am 5. Januar 2016 anstelle des abwesenden Klägers das Postfach der Beklagten leerte, sämtliche Post inkl. die Kreditkartenabrechnung für den Dezember 2015 mit dem Eingangsdatum versah und die Post ungelesen für die Weiterverarbeitung und Prüfung auf den Arbeitsplatz des Klägers legte (Urk. 30 S. 3 N 8). Auf die daran anschliessende Behauptung der Beklagten, sie habe somit im Januar 2016 keine Kenntnis über die privaten Bezüge des Klägers gehabt (Urk. 30 S. 3 Rz 8), entgegnete der Kläger, dass man die privaten Bezüge hätte erkennen müssen (Prot. I S. 20). Zu Recht erwog die Vorinstanz, aufgrund der Umstände (Dauer der Abwesenheit, Aufgabenteilung) sei eine tatsächliche Kenntnisnahme D.\_\_\_\_s vom Inhalt der Kreditkartenabrechnung einerseits und von den Privatbezügen des Klägers andererseits nicht erwiesen, zumal die aufgeführten Buchungen nicht auf den ersten Blick verfänglich seien (Urk. 42 S. 14). Der Kläger trägt berufsungsweise vor, auch wenn D.\_\_\_\_ die Kreditkartenabrechnungen

nicht bis ins Detail überprüft haben werde, hätten ihm die hohen Beträge, insbesondere die Buchungen an "F.\_\_\_\_\_ Apartments" dennoch aufgefallen sein müssen; die besonders vielen und hohen Privatbezüge von insgesamt rund Fr. 6'000.– seien auf den ersten Blick ersichtlich gewesen (Urk. 41 S. 19 N 48). Der Kläger zeigt nicht auf, wo er diese Tatsachenbehauptung bereits vor Vorinstanz aufgestellt und mit den nunmehr gestellten Beweisanträgen (Urk. 41 S. 20) untermauert hätte. Bereits deshalb kann seiner Kritik am vorinstanzlichen Urteil kein Erfolg beschieden sein. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich und wird vom Kläger auch nicht erläutert, weshalb mehrere Belastungen von gesamthaft Fr. 6'000.– zugunsten einer "F.\_\_\_\_\_ ZÜRICH" (Urk. 25/10) auf den ersten Blick den Verdacht D.\_\_\_\_\_s hätten erwecken sollen. Es bleibt dabei, dass die aufgeführten Buchungen nicht offensichtlich verfänglich sind. Damit kann weder supponiert werden, dass D.\_\_\_\_\_ von den einzelnen Transaktionen tatsächlich Kenntnis nahm, noch davon ausgegangen werden, dass ein Kreditkartenmissbrauch durch den Kläger auf den ersten Blick gleichsam ins Auge sprang. Somit fällt auch eine Genehmigung durch D.\_\_\_\_\_ ausser Betracht. Eine falsche Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz liegt auch insoweit nicht vor.

4.4.1 Auch vor zweiter Instanz beruft sich der Kläger schliesslich darauf, dass die Ausgabenlimite der ihm zur Verfügung gestellten Geschäftskreditkarte von C.\_\_\_\_\_ während des Arbeitsverhältnisses mehrfach und massiv (von Fr. 3'000.– auf Fr. 10'000.–, von Fr. 10'000.– auf Fr. 15'000.– und dann wieder zurück auf Fr. 10'000.–) erhöht worden sei (Urk. 41 S. 15 f. N 41). Der Kläger habe indes nie geschäftliche Ausgaben im Umfang der Kreditkartenlimite getätigt und gemäss C.\_\_\_\_\_ auch keine Tätigkeiten ausser Haus wahrnehmen müssen. Der Kläger stellt die Frage, aus welchem Grund C.\_\_\_\_\_ die Limite erhöht habe, wenn dies – ausser für seine Privatbezüge – gar nicht nötig gewesen sei; er leitet daraus ab, dass die ungefähren Auslagen C.\_\_\_\_\_ bekannt gewesen sein müssen bzw. dieser ihm die Privatbezüge mit der Erhöhung der Limite geradezu hätte ermöglichen wollen. Auch diesbezüglich ver falle die Vorinstanz in Spekulationen, stelle den Sachverhalt falsch und willkürlich fest und verletze sein rechtliches Gehör, weil seine "diesbezüglichen Ausführungen" ungehört geblieben seien; es sei

nicht relevant, welche Ausgaben er getätigt habe, wenn die Privatbezüge (ausdrücklich oder konkludent) genehmigt worden seien (Urk. 41 S. 16 N 42).

4.4.2 Die Vorinstanz gab zunächst die Behauptung des Klägers wieder, er habe aufgrund der mehrfachen Erhöhung der Kreditkartenlimite und der fehlenden Intervention der Beklagten von einer Genehmigung der Privatbezüge ausgehen dürfen. Sie erwog dazu, die Behauptungen des Klägers seien in Bezug auf den Grund der Anpassung unsubstantiiert geblieben. Eine Anpassung der Limite zur Ermöglichung der Privatbezüge sei in Anbetracht der Art und Höhe der Ausgaben geradezu abwegig. Der Kläger habe es unterlassen, konkrete Kausalitäten aufzuzeigen und die behaupteten Anpassungen darzulegen bzw. Beweismittel zu nennen. Ein konkludentes Einverständnis aufgrund der Erhöhung der Ausgabenlimite erscheine ausgeschlossen (Urk. 42 S. 14 f.). Die Vorinstanz ist somit auf das Vorbringen des Klägers eingegangen. Eine Gehörsverletzung liegt nicht vor.

4.4.3 Die Berufung geht in diesem Punkt zunächst nicht über das vor Vorinstanz Ausgeführte hinaus (vgl. Urk. 23 S. 5 N 8; Urk. 41 S. 15 f. N 41), was keine sachbezogene Auseinandersetzung mit dem Vorwurf der mangelnden Substantiierung und Beweismittelnennung darstellt. Auf die darüber hinausgehende Begründung der Berufung (Urk. 41 S. 16 N 42) kann nicht eingetreten werden, da der Kläger mit keinem Wort erläutert, wo er diese Sachvorbringen bereits vor Vorinstanz geltend machte.

4.4.4 Abgesehen davon überzeugt die Argumentation des Klägers auch inhaltlich nicht. Der Kläger übersieht wiederum, dass bis zur Kreditkartenlimite "Ausgaben des ganzen Geschäfts, auch in London und Hamburg, wie beispielsweise der Versand von Newslettern oder die Bezahlung der Google-Rechnungen" getätigt wurden (Prot. I S. 9). Dies wurde seitens des Klägers nicht bestritten (Prot. I S. 21). Zu Recht weist die Beklagte in der Berufungsantwort darauf hin, dass eine Kreditkartenlimite von Fr. 10'000.– bis Fr. 15'000.– für ein Unternehmen, das mit Luxusgütern handelt, nicht aussergewöhnlich ist (Urk. 48 S. 19 Rz 99). Aus der Erhöhung der Limite für das ganze Geschäft kann der Kläger keineswegs für sich ableiten, die Beklagte habe ihm damit zu verstehen gegeben, es sei ihm erlaubt, die Kreditkarte bis zum (erhöhten) Rahmen für seine eigenen, pri-

vaten Bedürfnisse zu benutzen. Er schweigt sich denn auch darüber aus, weshalb gerade ihm – nicht aber anderen Mitarbeitern – dieses Sonderprivileg hätte zuteil werden sollen. Die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung ist nicht zu beanstanden.

4.5.1 Im Zusammenhang mit der behaupteten konkludenten Genehmigung rügt der Kläger mit der Berufung mit keinem Wort, die Vorinstanz habe prozesskonform beantragte Beweismittel übergangen. Den Begründungsanforderungen wird nicht Genüge getan, wenn der Kläger wie in einem erstinstanzlichen Verfahren nach seinen Ausführungen und Rügen einfach Beweisanträge stellt, ohne darauf einzugehen, wo er bereits vor Vorinstanz die nunmehr angerufenen Beweismittel zu welchen Tatsachenbehauptungen anrief. Es ist nicht Sache der Berufungsinstanz, durch ein eingehendes Aktenstudium anstelle des Klägers herauszufiltern, welchen Beweisanträgen die Vorinstanz allenfalls nicht entsprochen hat.

4.5.2 Damit ist die Vorinstanz zu Recht zum Ergebnis gelangt, es habe auch kein konkludentes Einverständnis der Beklagten für die Privatbezüge des Klägers mit der Geschäftskreditkarte vorgelegen.

4.6.1 Mit Eingabe vom 20. Juni 2019 reichte die Beklagte das ihr am 18. Juni 2019 zugestellte Berufungsurteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. März 2019 ein. Sie führte dazu aus, daraus sei ersichtlich, dass die Verurteilung wegen Veruntreuung vom Obergericht bestätigt worden sei; der Freispruch in Bezug auf Dispositiv Ziffer 2 ändere an der Beurteilung der zivilrechtlichen Haftbarkeit nichts (Urk. 57, Urk. 58).

4.6.2 Der Kläger hielt in seiner Stellungnahme vom 4. Juli 2019 fest, das Urteil vom 14. März 2019 sei noch nicht rechtskräftig. Immerhin habe das Obergericht – wenn auch aus seiner Sicht zu wenig weitgehend – festgestellt, dass betreffend eine "verhältnismässige" Benutzung der Kreditkarte zu privaten Zwecken durch den Kläger gemäss firmeninterner Usanz ein Einverständnis der Beklagten vorgelegen habe. Umso weniger könne eine fristlose Kündigung gerechtfertigt sein; ganz unabhängig davon, dass eine solche ohnehin verspätet ausgesprochen worden sei (Urk. 60 mit Verweis auf Urk. 58 S. 18 E. 4.2).

4.6.3 Die I. Strafkammer leitete aus den Aussagen C.\_\_\_\_s anlässlich der Berufungsverhandlung vom 14. März 2019 ab, der Kläger könne sich jedenfalls subjektiv für gewisse seiner Bezüge auf firmeninterne Usanz, d.h. auf ein Einverständnis der Arbeitgeberin berufen, indem jene die "verhältnismässige" Benutzung zu privaten Zwecken toleriert habe, womit die Unrechtmässigkeit dieser Bezüge entfalle. Für die substantiellen Bezüge des Klägers für Party-Nächte und (Nacht-)Clubbesuche im Rotlichtmilieu (total Fr. 15'215.50) habe hingegen keine Einwilligung resp. Genehmigung vorgelegen (Urk. 58 S. 18 f. E. 4.2 f.).

4.6.4 Das Urteil der I. Strafkammer vermag die vorliegende Beurteilung nicht umzustossen:

Der Kläger kann daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten, weil

- das "Einverständnis der Arbeitgeberin" nicht auf dem Urteil der I. Strafkammer sondern auf den am 14. März 2019 gemachten Aussagen C.\_\_\_\_s beruht (Urk. 58 S. 11 f.). Da echte Noven ohne Verzug nach ihrem Bekanntwerden vorgebracht werden müssen (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO), ist die Berufung des Klägers auf das Einverständnis der Beklagten verspätet und unbeachtlich.
- das "Einverständnis der Arbeitgeberin" hinsichtlich kleinerer Bezüge nichts an der Unrechtmässigkeit der grösseren Bezüge ändert. Auch unrechtmässige Bezüge von Fr. 15'215.50 rechtfertigen eine fristlose Kündigung ohne weiteres.

Die Beklagte vermag aus dem Urteil der I. Strafkammer ebenso wenig einen Vorteil zu ziehen, weil - wie bereits die Vorinstanz erkannt hat – das Zivilgericht in allen Punkten unabhängig entscheidet und keine Bindung an das strafrechtliche Erkenntnis besteht (BSK OR I-Kessler, Art. 53 N 4). Es muss daher auch nicht der Ausgang eines allfälligen bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens abgewartet werden.

4.7.1 Der Kläger geht schliesslich auf die Frage der Beweislast ein, ohne der Vorinstanz explizit eine falsche Beweislastverteilung vorzuwerfen. Immerhin trägt

er vor, die Beklagte treffe die Beweislast für das Vorliegen eines wichtigen Grundes und dieser habe von der Beklagten nicht im Geringsten bewiesen werden können. Insofern liege eine massiv einseitige Beweiswürdigung durch die Vorinstanz vor, zumal sie vollumfänglich auf die Begründung des Strafurteils abgestellt habe, was in eine völlig willkürliche Sachverhaltsfeststellung münde (Urk. 41 S. 21 N 51).

4.7.2 Die Vorinstanz hat sich zur Beweislast nicht explizit geäußert, einen wichtigen Grund indes bejaht und somit den Kläger im Ergebnis die Folgen des (nicht bewiesenen) Einverständnisses der Beklagten tragen lassen. Daran ist nichts auszusetzen. Grundsätzlich trägt der Kündigende die Beweislast für die wichtigen Gründe, die eine fristlose Kündigung rechtfertigen können (BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 337 OR N 2, ZK-Staehelin, Art. 337 OR N 42; BGE 130 III 213 E. 3.2 S. 221). Vorliegend hat der Kläger die Geschäftskreditkarte für private Zwecke verwendet und dadurch Zahlungen der Beklagten für geschäftsfremde Aufwendungen erwirkt, was von der Beklagten zu beweisen war. Eine Veruntreuung, wie die Vorinstanz feststellte (Urk. 42 S. 15), stellt eine widerrechtliche Handlung dar. Ein Ausschluss der Widerrechtlichkeit resp. Entlastungsgründe sind rechtshindernder Natur und müssen vom Schädiger und daher vom Gekündigten bewiesen werden (BK-Kummer, Art. 8 ZGB N 244; BSK ZGB I-Lardelli/Vetter, Art. 8 N 62). Der fehlende Nachweis der Einwilligung bzw. Genehmigung schlägt daher zulasten des Klägers aus. Mit der Vorinstanz ist ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR zu bejahen.

5.1 Der Kläger wirft der Vorinstanz weiter vor, sie gehe willkürlich davon aus, dass er die mit der Geschäftskreditkarte bezogenen Gelder von Fr. 17'361.20 nie hätte zurückzahlen können oder wollen. Er habe in den Monaten Oktober 2015 bis Januar 2016 Lohnabzüge von Fr. 400.–, Fr. 300.–, Fr. 500.– und Fr. 350.– vorgenommen, mit den in Aussicht stehenden Boni für 2015 und die Folgejahre Fr. 5'000.– und Fr. 10'000.– zurückzuzahlen beabsichtigt und überdies im Notfall seinen Grossvater um ein Vorerbe bitten können, was mit einem (beglaubigtem) Schreiben auch substantiiert worden sei. Auch in diesem Punkt habe die Vorinstanz die Beweise einseitig gewürdigt, die Vorbringen als unsubstantiiert abge-

tan und den Sachverhalt falsch bzw. willkürlich festgestellt (Urk. 41 S. 22 f. N 53 ff.).

5.2 Die Vorinstanz verwies zunächst auf die Angaben des Klägers, der selber einräumte, gegen Ende Juli 2015 und in den folgenden Monaten mit Liquiditätsproblemen konfrontiert gewesen zu sein (Urk. 23 S. 2 f. N 2 f.). Die Vorinstanz folgerte daraus zu Recht, dass der Kläger damit die fehlende Möglichkeit, das Geld zurückzuzahlen, für diesen Zeitpunkt selber dokumentiere (Urk. 42 S. 9 f.). Dies wird vom Kläger nicht in Frage gestellt. Sodann stellte die Vorinstanz fest, die privaten Belastungen hätten in keinem Verhältnis zu den allfälligen Boni gestanden und überdies im Verlaufe des Arbeitsverhältnisses zugenommen, weshalb die behaupteten Rückzahlungsabsichten unglaubhaft erschienen. Auch daran ist nichts auszusetzen. Nachdem der Kläger bis im Januar 2016 mindestens Fr. 17'361.20 schuldig blieb und im Januar 2016 einen Bonus von maximal Fr. 5'000.– zu erwarten hatte (Urk. 5/1), ist das Missverhältnis offenkundig. Allfällige erst in den Folgejahren fällig werdende Boni kann der Kläger mangels zeitlicher Kongruenz nicht in die Waagschale werfen, wenn es darauf ankommt, seine Rückzahlungsmöglichkeiten zu beurteilen, worauf die Beklagte zu Recht hinweist (Urk. 48 S. 22 N 119). Zu folgen ist der Vorinstanz auch darin, dass die Lohnabzüge von gesamthaft lediglich Fr. 1'550.– den Schluss nicht zulassen, der Kläger sei in der Lage gewesen, seine Privatbezüge jederzeit zurückzuzahlen (Urk. 42 S. 10). Und schliesslich ist die Vorinstanz auch auf das Schreiben des Grossvaters des Klägers vom 20. Oktober 2017 eingegangen, der bestätigte, über flüssige Mittel von umgerechnet Fr. 173'596.– zu verfügen, die seinem "Enkelsohn" (dem Kläger) "jederzeit zu 1/3 als Webvorbezug zu Verfügung stehen und schon in den letzten Jahren zur Verfügung gestanden haben" (Urk. 25/5). Die Vorinstanz verwies in diesem Zusammenhang auf den am 9. Juli 2015 über den Kläger eröffneten Privatkonkurs (Urk. 28/4), der das Vorbringen des Klägers als unglaubhaft und unsubstantiiert erscheinen lasse (Urk. 42 S. 10). Damit setzt sich der Kläger mit keinem Wort auseinander, wenn er unter Hinweis auf das Bestätigungsschreiben einfach seinen erstinstanzlichen Prozessstandpunkt wiederholt, er hätte sich bei seinem Grossvater sofort Liquidität verschaffen können. Der Kläger machte im Übrigen nicht geltend, er habe die von ihm akzeptierten Fr. 17'361.20 an die Be-

klagte zurückbezahlt. Vor Vorinstanz behauptete der Kläger denn auch lediglich, er habe auch in Betracht gezogen, im Notfall bei seinem Grossvater um ein Vorerbe zu bitten (Urk. 23 S. 3 f. N 4). Dass er damit im Tatzeitpunkt in substantiiertes Weise Ersatzbereitschaft und Ersatzfähigkeit bekundete, kann in der Tat nicht gesagt werden. Die Berufung des Klägers ist auch in dieser Hinsicht abzuweisen.

6.1 Der Kläger wirft der Vorinstanz vor, sie habe ihre Begründungspflicht verletzt, indem sie es gänzlich unterlassen habe, sich zum offensichtlich vorgeschobenen Grund des Kreditkartenmissbrauchs für die fristlose Entlassung zu äussern. Die E-Mail von C.\_\_\_\_\_ vom 15. Februar 2016 zeige in aller Deutlichkeit, dass der tatsächliche Grund für die Kündigung nicht die Privatbezüge des Klägers sondern seine krankheitsbedingten Abwesenheiten gewesen seien. Tatsächlich sei der Kläger während seiner Anstellung bei der Beklagten relativ oft krank gewesen. Mit dieser E-Mail, mit der die Beklagte in Kenntnis der angeblich nicht genehmigten Bezüge dem Kläger zu erkennen gegeben habe, dass er möglichst schnell wieder zur Arbeit erscheinen solle, habe die Beklagte auf eine fristlose Kündigung gleichsam verzichtet (Urk. 41 S. 23 ff. N 56 ff.).

6.2 Die Ausführungen des Klägers lassen jeglichen Hinweis darauf vermissen, dass er sich bereits im vorinstanzlichen Verfahren darauf berief, der Kündigungsgrund des Kreditkartenmissbrauchs sei nur vorgeschoben. Er wirft der Vorinstanz auch nicht vor, sie habe zu diesem Punkt prozesskonform angebotene Beweismittel nicht abgenommen. Der Berufung kann bereits aus diesem Grunde kein Erfolg beschieden sein.

6.3 Der Kläger dringt aber auch inhaltlich mit seinem Standpunkt nicht durch. In seiner E-Mail vom 15. Februar 2016 (09:49:46) machte C.\_\_\_\_\_ den Kläger darauf aufmerksam, dass er (der Kläger) bereits seit anderthalb Wochen krank sei, er (C.\_\_\_\_\_) noch kein Arzzeugnis erhalten habe, das Tagesgeschäft leide und er (C.\_\_\_\_\_) keine Ahnung habe, was der Kläger habe und wann er wieder komme. Nach dem Hinweis, dass der Kläger die Mail mit der Weisung erhalten habe, wonach Absenzen persönlich per Telefon zu melden seien, endet die Mitteilung mit der Bemerkung: "Ich bin echt sauer." (Urk. 25/13). Das Kündigungsschreiben vom gleichen Tag wurde mit dem Missbrauch der Firmenkredit-

karte, einer doppelten Lohnzahlung und der unterbliebenen Information über die Unregelmässigkeiten begründet (Urk. 25/14). Es ginge entschieden zu weit, in der E-Mail vom 15. Februar 2016 einen Verzicht auf das Kündigungsrecht zu erblicken. Nach dem E-Mail-Verkehr vom 4. bis 15. Februar 2016 (Urk. 28/8) kann nicht erstaunen, dass sich C.\_\_\_\_\_ am 15. Februar 2016 fragte, wann der Kläger wieder komme (Urk. 26 S. 5 Rz 10), zumal die Beklagte allen Grund hatte, den Kläger mit den Vorwürfen zu konfrontieren. Was das Arztzeugnis vom 8. November 2016, mit denen sich der Kläger Monate später für die Abwesenheit vom 4. bis 28. Februar 2016 entschuldigte, zum Nachweis des vorgeschobenen Kündigungsgrundes beitragen könnte, ist nicht ersichtlich (Urk. 25/12). Mit den (im Berufungsverfahren angerufenen) Beweismitteln (Urk. 25/12-14) gelingt dem Kläger der Nachweis, dass die Beklagte entgegen ihrem Kündigungsschreiben wegen der häufigen Absenzen gekündigt hat, somit nicht. Nachdem der handfeste Kündigungsgrund des Kreditkartenmissbrauchs vorlag, wäre ein Motiv für das Vorschieben eines unrichtigen Kündigungsgrundes auch nicht ersichtlich.

7.1 Der Kläger beanstandet mit seiner Berufung weiter, die Vorinstanz sei fälschlicherweise davon ausgegangen, die Kündigung sei innerhalb der von der Rechtsprechung statuierten Frist von drei Tagen und somit nicht verspätet erfolgt. Er wirft der Vorinstanz auch in dieser Hinsicht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und eine willkürliche bzw. falsche Feststellung des Sachverhalts vor. Zur Begründung führt er einerseits an, dass die Beklagte schon lange (Wochen und Monate) vor der Kündigung von seinen Privatbezügen Kenntnis erlangte bzw. hätte haben müssen und am 5. Januar 2016 Einblick in die Kreditkartenabrechnung vom 2. Januar 2016 genommen habe (Urk. 41 S. 28 ff. N 68 bis N 75). Andererseits macht er geltend, es sei entgegen der Annahme der Vorinstanz keineswegs unbestritten geblieben, dass die Abklärungen bis am 10. Februar 2016 angedauert hätten. Die Beweislast betreffend Rechtzeitigkeit treffe die Beklagte. Mit seinen Ausführungen und dem Verweis auf Aussagen von C.\_\_\_\_\_ habe er belegt, dass die Abklärungsfrist am 9. Februar 2016 geendet habe. Laut C.\_\_\_\_\_ seien er und D.\_\_\_\_\_ am 8. Februar 2016 auf die Privatbezüge aufmerksam geworden, worauf C.\_\_\_\_\_ am 9. Februar 2016 die notwendigen Abklärungen bei der Kreditkartengesellschaft vorgenommen habe. Die Beklagte habe am 9. Februar 2016 sichere

Kenntnis von den Privatbezügen gehabt und an diesem Tag die Abklärungen abgeschlossen. Die Vorinstanz habe völlig willkürlich den letzten Abklärungstag auf den 10. Februar 2016 (Mittwoch) gelegt, weshalb die Kündigung am darauffolgenden Montag, 15. Februar 2016, verspätet gewesen sei (Urk. 41 S. 26 f. N 62 ff. mit Verweis auf Urk. 23 S. 17 f. N 37 ff. sowie Urk. 41 S. 30 f. N 76 ff. mit Verweis auf Urk. 25/17 Frage 13). Schliesslich hält der Kläger dafür, dass im vorliegenden Fall eine zweitägige Überlegungsfrist hätte ausreichen müssen (Urk. 41 S. 32 N 80).

7.2 Soweit der Kläger daran festhält, die Rechtzeitigkeit der Kündigung sei infolge Kenntnis bzw. Kennenmüssens der Privatbezüge lange vor der Kündigung zu verneinen, kann auf das in E. IV/2 bis 5 Ausgeführte verwiesen werden. Aufgrund der von ihm in diesem Zusammenhang erneut angeführten Umstände (Lohnabzüge, Freigabe des angepassten Lohnes, Verbuchung der Privatbezüge, Erhöhung der Kreditkartenlimite) wusste die Beklagte nicht – und hätte auch nicht wissen müssen – dass der Kläger die Kreditkarte für persönliche Zwecke missbrauchte. Die privaten Bezüge waren keineswegs transparent ausgewiesen und schlugen sich auch nicht sichtbar in den Lohnabrechnungen nieder.

7.3 Die Vorinstanz legte die zeitlichen Anforderungen, die von Lehre und Rechtsprechung an die Ausübung des fristlosen Kündigungsrechts gestellt werden, zutreffend dar (Urk. 42 S. 15 f.). Darauf kann verwiesen werden. In einer kurzen Erwägung gelangte die Vorinstanz sodann zum Ergebnis, dass die bundesgerichtliche Überlegungsfrist von drei Arbeitstagen vorliegend gewahrt wurde. Sie stellte fest, es sei unbestritten, dass die Beklagte spätestens am Mittwoch, 10. Februar 2016, mit der E.\_\_\_\_\_ telefoniert und zu diesem Zeitpunkt gewusst habe, dass die Belastungen nicht durch eine Drittperson sondern durch den Kläger erfolgt seien, weshalb die Kündigung vom 15. Februar 2016 am dritten Arbeitstag nach Ablauf der Abklärungsfrist und damit fristgerecht erfolgt sei. Die Vorinstanz liess offen, ob die Beklagte erst am 11. Februar 2016 die Kreditkartenabrechnungen kontrollierte und die finale Gewissheit erlangte, dass der Kläger die un gerechtfertigten Privatbezüge tätigte (Urk. 42 S. 16 f. mit Verweis auf Urk. 26 S. 6 Rz 11 f., Urk. 30 S. 4 Rz 11; Prot. I S. 15).

7.4.1 Der Kläger führte vor Vorinstanz aus, C.\_\_\_\_\_ habe in der polizeilichen Einvernahme erklärt, er und der CEO (D.\_\_\_\_\_) seien am Montag, 8. Februar 2016, auf die Privatbezüge aufmerksam geworden. Bereits am Dienstag, 9. Februar 2016, habe C.\_\_\_\_\_ dann die notwendigen Abklärungen bei der Kreditkartengesellschaft vorgenommen, ob die Bezüge tatsächlich mit PIN und demnach zwingend durch den Kläger getätigt worden seien. Noch am gleichen Tag, also am 9. Februar 2016, habe er die dies bejahende Antwort der Kreditkartengesellschaft erhalten. Sogar gemäss den Aussagen von C.\_\_\_\_\_ habe die Beklagte also am 9. Februar 2016 nicht nur von den Privatbezügen des Klägers gewusst, sondern in diesem Zeitpunkt auch schon alle notwendigen Abklärungen unternommen. Die Beklagte habe mit anderen Worten am 9. Februar 2016 sichere Kenntnis von den Privatbezügen des Klägers gehabt (Urk. 23 S. 17 f. N 39 f. mit Verweis auf Urk. 25/17 Antwort 13).

7.4.2 Die Beklagte legte vor Vorinstanz dar, dass sie am 9./10. Februar 2016 festgestellt habe, dass die Belastung der Kosten des Versandes eines Newsletters nicht über die Kreditkarte des Klägers habe erfolgen können. An den gleichen Tagen habe die Beklagte bei der E.\_\_\_\_\_ klären können, dass sämtliche Belastungen auf den damals unbezahlten Rechnungen mit der PIN getätigt worden seien, womit sich die Untersuchung auf den Kläger konzentriert habe. Die Aufarbeitung des Sachverhaltes sei wegen verschiedener Umstände erschwert worden (Abwesenheit des Klägers; Geschäftsreisen D.\_\_\_\_\_, der auf sämtliche Post, die in den Aufgabenbereich des Klägers gefallen sei, keinen Zugriff gehabt habe;

keine Tätigkeit D.\_\_\_\_\_, und des Buchhalters am Domizil der Beklagten). Die verschiedenen Kontakte mit der E.\_\_\_\_\_ und mit der Unternehmung, die für den Versand des Newsletters die Kreditkarte habe belasten wollen, hätten durch die Beklagte am 9./10. Februar 2016 nicht verifiziert werden können, da die Kreditkartenabrechnung nicht auffindbar gewesen sei. Die Beklagte habe das Postfach erst am 11. Februar 2016 geleert, wobei sich in der umfangreichen Post auch die Kreditkartenabrechnung vom 2. Februar 2016 für den Monat Januar 2016 befunden habe. Die Untersuchung sämtlicher Kreditkartenabrechnungen und der gesamten Buchführung sei am 11. und 12. Februar 2016 erfolgt (Urk. 26 S. 6 f. Rz 12 ff., S.

11 Rz 22). Sogar wenn auf die Aussage C.\_\_\_\_\_s bei der Polizei abgestellt werde, wäre die Kündigung rechtzeitig erfolgt. Die Beklagte habe für die vollständige Abklärung der Sachlage zwei Arbeitstage benötigt. Somit habe sie frühestens am Ende des 10. Februar 2016 einen Entschluss fassen können. Am gleichen Tag habe der Kläger der Beklagten noch in Aussicht gestellt, am 15. Februar 2016 wieder zur Arbeit zu erscheinen. Die am 15. Februar 2016 ausgesprochene Kündigung sei innerhalb von drei Arbeitstagen erfolgt (Urk. 30 S. 4 N 11).

7.4.3 Der Kläger entgegnete in der Replik, die Beklagte gehe selber davon aus, dass sie am 9. oder 10. Februar 2016 mit "der E.\_\_\_\_\_" telefoniert habe. Es hätten dann alle Belege vorgelegen. Es sei klar gewesen, dass er die Abzüge getätigt habe. Alle Abklärungen seien gemacht gewesen. Spätestens am Mittwoch, 10. Februar 2016, sei der Sachverhalt für die Beklagte klar gewesen. Ein Zuwarten mit der Kündigung bis zum 15. Februar 2016 rechtfertige sich damit in keinem Fall. Bestritten werde, dass die Aufarbeitung des Falls durch gewisse Umstände erschwert worden sei. Er hätte telefonisch kontaktiert werden können (Prot. I S. 15; vgl. auch Prot. I S. 17: "Die Abklärungen sind dann sicher am 10. Februar 2016 abgeschlossen gewesen und nicht erst am 11. oder 12. Februar 2016").

7.4.4 Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die klägerischen Ausführungen in der Replik dahingehend auffasste, als billige der Kläger der Beklagten eine Abklärungs- bzw. Untersuchungsfrist bis und mit 10. Februar 2016 zu. Die Reaktionsfrist begann demzufolge frühestens am 11. Februar 2016 zu laufen und endete am dritten darauffolgenden Arbeitstag, dem 15. Februar 2016. Der Kläger plädiert mit seiner Berufung für eine Verkürzung der Überlegungsfrist auf zwei Tage mit der Begründung, die Abklärungen hätten gerade einmal ein Telefonat beinhaltet, um bei der Kreditkartengesellschaft E.\_\_\_\_\_ zu eruieren, ob die Bezüge mit oder ohne PIN-Eingabe getätigt worden seien, was bereits am Tage der Entdeckung am 8. Februar 2016 hätte erfolgen können (Urk. 41 S. 32 N 80). Dem kann indes nicht gefolgt werden. Der Kläger setzt sich zunächst mit seinen oben wiedergegebenen Ausführungen in Widerspruch, mit denen er konzedierte, dass die Sachverhaltsabklärung (wenn auch längstens) bis am 10. Februar 2016 dauerte. Wie sogleich zu zeigen sein wird (E. 7.4.5), entdeckte die Beklagte den

Missbrauch auch nicht am 8. Februar 2016. Der Kläger legt zudem nicht substantiiert dar, weshalb in seinem Fall die ohnehin schon kurze Überlegungsfrist von drei Arbeitstagen und angesichts der Art und Schwere seiner Verfehlung (der Kläger missbrauchte das in ihn als leitenden Angestellten und CFO gesetzte Vertrauen bereits kurz nach seiner Anstellung in schwerwiegender Weise) in Abweichung von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf zwei Tage verkürzt werden soll. Gegenteilig blieb unbestritten, dass die Beklagte die Kreditkartenabrechnung vom 2. Februar 2016 erst am 11. Februar 2016 einsehen konnte. Aufgrund der übereinstimmenden Parteidarstellungen wurde die fristlose Kündigung daher rechtzeitig ausgesprochen, ohne dass es auf die Beweislast überhaupt ankäme. Richtigerweise wird man aber auch noch den 11. Februar 2016 als Teil der Untersuchungsfrist betrachten müssen, da sich die Beklagte erst an diesem Tag Einblick in die Kreditkartenabrechnung verschaffen konnte.

7.4.5 An dieser Beurteilung ändert auch die Aussage von C.\_\_\_\_\_ in der polizeilichen Einvernahme vom 17. Februar 2016 nichts. C.\_\_\_\_\_ gab zwar zunächst zu Protokoll, dass D.\_\_\_\_\_ bereits am 8. Februar 2016 auf die Unstimmigkeiten mit der Karte aufmerksam geworden sei und er am 9. Februar 2016 Abklärungen bei der E.\_\_\_\_\_ vorgenommen habe (Urk. 25/17 S. 3 Frage 13). Wie die Beklagte aber zu Recht anmerkte (Urk. 48 S. 24 N 133; Urk. 30 S. 3 N 9), präzierte C.\_\_\_\_\_ nach Durchsicht seiner Unterlagen seine Aussage und merkte an, dass sie erst am Dienstag, 9. Februar 2016, auf die Unstimmigkeiten aufmerksam geworden seien (Urk. 25/17 S. 3 Frage 13). Aus dem mehrmals zum Beweis angerufenen Protokoll der Einvernahme C.\_\_\_\_\_s (Urk. 41 S. 26 N 63, S. 29 N 72, S. 30 N 76 und S. 31 N 78) kann der Kläger daher nicht ableiten, die Abklärungen hätten am 8. Februar begonnen und seien bereits am 9. Februar 2016 abgeschlossen worden. Dass weitere Beweismittel abzunehmen oder zu würdigen gewesen wären, macht der Kläger nicht geltend. Es bleibt somit dabei, dass die Überlegungsfrist gewahrt wurde. Eine falsche oder gar willkürliche Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz liegt auch in dieser Hinsicht nicht vor.

8. Die fristlose Kündigung wurde von der Vorinstanz zu Recht als gültig taxiert. Die vom Kläger erhobenen Ansprüche aus ungerechtfertigter fristloser Kün-

digung (Lohnansprüche abzüglich Privatbezüge und Zahlung der Arbeitslosen-kasse, entsprechend Fr. 11'177.45, zuzüglich Strafzahlung von Fr. 15'296.–, total Fr. 26'473.45; Urk. 41 S. 35) bestehen demzufolge nicht. Dies führt dazu, dass die Berufung abzuweisen und Dispositiv Ziffer 1 des vorinstanzlichen Urteils zu bestätigen ist.

9.1 Die Vorinstanz hat in Dispositiv-Ziffer 2 die Widerklage im Umfang von Fr. 26'311.55 netto zuzüglich Zins teilweise gutgeheissen (Urk. 42 S. 27). Der Kläger verlangt mit seinem Berufungsantrag Ziffer 3 die vollumfängliche Abwei-sung der Widerklage (Urk. 41 S. 2). Er geht in seiner Berufungsschrift aber nicht näher auf die Beurteilung der Widerklage ein. Indes äussert er sich bei der Be-gründung seines Ferienlohnanspruches, der bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zu berechnen sei, auch zu seinen krankheitsbedingten Absenzen. Die Vorinstanz ist bei der Beurteilung der Widerklage zum Ergebnis gelangt, die Abwesenheiten des Klägers vom 18. bis 20. Januar 2016 (drei Arbeitstage), 3. Februar 2016 (ein Tag) und während weiterer zehn Arbeitstage könnten nicht als unverschuldete Arbeitsverhinderung betrachtet werden. Die ersten vier Tage (18. bis 20. Januar, 3. Februar) würden vom Arztzeugnis, das dem Kläger eine volle Arbeitsunfähigkeit für die Dauer vom 4. Februar bis 28. Februar 2016 bescheini-ge, nicht erfasst; der Kläger äussere sich diesbezüglich nicht und es falle auf, dass der Kläger am Freitag zuvor (15. Januar) mit der Geschäftskreditkarte über Fr. 4'000.– im Club ... ausgegeben habe. Für die weiteren zehn Arbeitstage ver-möge der Kläger den Nachweis der Arbeitsunfähigkeit nicht zu erbringen. Das vom Kläger als Beweismittel eingereichte Arztzeugnis (Urk. 25/12) datiere vom 8. November 2016 und sei neun Monate nach der behaupteten Arbeitsunfähigkeit ausgestellt worden. Der Kläger beschränke sich auf die pauschale Behauptung, an Depressionen gelitten zu haben. Es sei als Schutzbehauptung zu werten, dass er mit Besuchen in einschlägigen Etablissements versucht habe, der Depression beizukommen. Als Zeuge sei der behandelnde Arzt nicht angerufen worden. Der Kläger vermöge den Nachweis dafür, dass er an den zehn Arbeitstagen unver-schuldet verhindert gewesen sei, nicht zu leisten (Urk. 42 S. 24 f.).

9.2 Der Kläger trägt berufungsweise vor, bei den Abwesenheiten vom 18. bis 20. Januar 2016 und 3. Februar 2015 habe es sich um krankheitsbedingte Kurzabsenzen gehandelt, weshalb er auf die Vorlage eines Zeugnisses – das von der Beklagten auch nie verlangt worden sei – verzichtet habe. Es stimme nicht, dass er sich nicht zu den Abwesenheiten geäußert habe. Ein Zusammenhang zu den Buchungen vom 15. Januar 2016 bestehe nicht; er habe an Depressionen gelitten und sei seit geraumer Zeit in Behandlung gewesen, weshalb Dr. G. \_\_\_\_\_ die Arbeitsunfähigkeit sehr wohl rückwirkend habe bestätigen können. Die Beklagte habe nie ein Arzzeugnis eingefordert und damit die Krankheitsabsenzen anerkannt. Ihm Nachhinein die Arbeitsunfähigkeit zu bestreiten, sei rechtsmissbräuchlich (Urk. 41 S. 33 N 87).

9.3 Der Kläger zeigt nicht auf, wie sich seine Beanstandungen finanziell auf die Widerklage auswirken, weshalb darauf nicht weiter eingegangen werden muss. Davon abgesehen oblag es dem Kläger als Arbeitnehmer, den Verhinderungsgrund zu behaupten und zu beweisen (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 324a N 2). Eine Umkehr der Beweislast findet vorliegend entgegen der Auffassung des Klägers nicht statt, zumal der Kläger am 4. Februar 2016 ein Arzzeugnis in Aussicht stellte, aber nicht beibrachte, obwohl er am 15. Februar 2016 nochmals dazu aufgefordert worden war (Urk. 28/8 Blatt 2, Urk. 25/13). Die Zweifel an der Richtigkeit des Monate später ausgestellten Zeugnisses vom 8. November 2016 (Urk. 25/12) sind begründet; der Kläger behauptet auch nicht, die Vorinstanz habe prozesskonform gestellte Beweisanträge übergangen. Der in der Berufungsschrift gestellte Antrag auf Einvernahme von Dr. med. G. \_\_\_\_\_ (Urk. 41 S. 34 N 87) ist verspätet und damit unbeachtlich.

9.4 Der Kläger dringt mit seiner Kritik nicht durch. Eine krankheitsbedingte Arbeitsverhinderung ist nicht erstellt. Soweit die Widerklage gutgeheissen wurde, ist das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen.

V.

1. Der Kläger machte vor Vorinstanz geltend, fünf von der Beklagten als privat bezeichnete Belastungen der Kreditkarte seien geschäftlicher Natur gewesen (Urk. 23 S. 3 N 3):

- Fr. 100.– Spesen im Zusammenhang mit Büromaterial (18.11.2015)
- Fr. 10.60 für das Tram-Ticket eines IT-Mitarbeiters (23.11.2015)
- Fr. 60.– Spesen im Zusammenhang mit Büromaterial (15.12.2015)
- Fr. 1'000.– Barbezug für den Einkauf von Büromöbeln (14.01.2016)
- Fr. 20.– Spesen für den Einkauf von Küchenartikeln (22.01.2016)

Die Vorinstanz erwog, die Beweislast, dass es sich bei den umstrittenen Kreditkartenbezügen um Privatbezüge handle, trage gemäss Art. 8 ZGB die Beklagte. Mit den bei den Akten liegenden Kreditkartenabrechnungen und der Forderungsauflistung vom 9. März 2016 gelinge es ihr nicht, den Beweis für die fünf Positionen bzw. die Differenz von Fr. 1'190.60 zu erbringen (Urk. 42 S. 20 f.).

2. Mit ihrer Anschlussberufung rügt die Beklagte in diesem Punkt eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts, eine falsche Verteilung der Beweislast bzw. eine falsche Würdigung der Mitwirkungspflichten des Klägers. Durch die unsubstantiierten Behauptungen des Klägers wisse sie nicht, welche Umstände sie genau beweisen müsse, weshalb sie auch das Nichtvorhandensein dieser Umstände nicht belegen könne. Der Kläger sei beweisbelastet für die Behauptung, dass Bezüge über die Geschäftskreditkarte geschäftlich bedingte Spesen seien. Das gekaufte Büromaterial und die erworbenen Büromöbel seien nicht näher spezifiziert und der IT-Mitarbeiter nicht bezeichnet worden. Belege seien ihr vom Kläger nie vorgelegt worden. Die Umstände und die vorhandenen Indizien würden nur den Schluss zulassen, dass die fünf nicht anerkannten Bezüge privater Natur seien (Urk. 48 S. 8 ff. Rz 20 ff.).

3. Der Kläger stimmt in seiner Anschlussberufungsantwort der Vorinstanz zu, dass der Nachweis der Beklagten obliege, und stellt sich auf den Standpunkt, er habe an der Verhandlung substantiiert ausgeführt, wofür welcher Betrag verwendet worden sei. Er habe sämtliche Spesen im entsprechenden Buchhaltungs-

konto verbucht und bestreite, dass der handschriftliche Vermerk "1096" hinter den Belastungen vom 18. und 23. November 2015 von ihm stamme. Sämtliche Belege, Abrechnungen oder Garantiescheine seien der Beklagten vorgelegt worden und würden sich bei der Beklagten bzw. in deren Buchhaltung befinden (Urk. 52 S. 3 ff. N 6 ff.).

4. Der Kläger verfügte über eine Geschäftskreditkarte. Mit einer solchen Kreditkarte wird das Spesenmanagement vereinfacht. Barauszahlungen und Spesenvorschüsse (vgl. Art. 327c OR) entfallen. Vorliegend ist aus den Kreditkartenabrechnungen nicht im Einzelnen ersichtlich, wofür die Belastungen am 15. November (... H.\_\_\_\_\_, Zürich: Fr. 100.–), 23. November (... H.\_\_\_\_\_, Zürich: Fr. 10.60), 15. Dezember (... H.\_\_\_\_\_, Zürich: Fr. 60.–), 14. Januar 2016 (I.\_\_\_\_\_: Fr. 1'000.–) und 22. Januar 2016 (J.\_\_\_\_\_: Fr. 20.–) genau erfolgten. Dass es sich bei den Belastungen (mit Ausnahme derjenigen vom 23. November 2015 und 22. Januar 2016) um Bargeldbezüge handelte, wie die Beklagte geltend macht (Urk. 48 S. 9 Rz 26, S. 10 Rz 33, Rz 36), ist nicht von der Hand zu weisen. Selbst der Kläger spricht im Zusammenhang mit der am 14. Januar 2016 erfolgten Belastung (Fr. 1'000.–) von einem "Barbezug" (Urk. 23 S. 3 N 3). Aber auch hinsichtlich der Belastungen von Fr. 10.60 und Fr. 20.– vermögen die Transaktionsdetails auf den Kreditkartenabrechnungen den Nachweis dafür, dass es sich um durch die Ausführung der Arbeit notwendige Auslagen handelte, nicht zu erbringen.

5. Der Arbeitnehmer hat die Notwendigkeit wie auch die Höhe der einzelnen Auslagen zu spezifizieren und zu beweisen. Diese Pflicht trifft den Arbeitnehmer deshalb, weil er allein wissen kann, welche Auslagen tatsächlich entstanden sind. Die Abrechnungspflicht umfasst auch die Vorlage von Belegen (BGE 131 III 439 E. 5.1 S. 444; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 327c OR N 2; Fadri Brunold, Die Arbeitsauslagen im schweizerischen Individualarbeitsrecht, Bern 2014, N 554). In der vorliegenden Konstellation, in der dem Arbeitnehmer eine Firmenkreditkarte ausgehändigt wurde, kann nichts anderes gelten. Die Situation stellt sich ähnlich dar, wie wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bei regelmässigen Auslagen einen Vorschuss leisten würde (Art. 327c Abs. 2 OR).

6. Die Vorinstanz ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Kläger die Ausgaben nur rudimentär umschrieb (Urk. 42 S. 21). Daran ändern auch die zum Beweis angerufenen "Buchhaltungsunterlagen betreffend Spesen im Zeitraum zwischen November 2015 und Februar 2016" nichts (Urk. 23 S. 3 N 3). Die angeblich gekauften Gegenstände wären allenfalls zusammen mit den Kaufquittungen ausreichend umschrieben. Seine in der Anschlussberufungsantwort aufgestellte Behauptung, er habe der Beklagten für sämtliche Ausgaben Belege unterbreitet und sämtliche Belege und Spesenabrechnungen würden sich bei der Beklagten befinden (Urk. 52 S. 4 N 9 f., S. 5 N 13, S. 6 N 16, S. 7 N 21 und N 24, S. 8 N 28, S. 9 N 31), ist indes neu, im Lichte von Art. 317 ZPO verspätet und damit unzulässig. Die Beklagte hatte bereits in der Klageantwort/Widerklagebegründung bemängelt, dass seitens des Klägers nicht einmal behauptet werde, dass Belege existieren würden (Prot. I S. 7 zu Ziff. 3). Der Kläger widersprach dem in der Replik/Widerklageantwort und Widerklageduplik nicht (Prot. I S. 21 f., S. 29). Dass die Vorinstanz in diesem Zusammenhang sein Recht auf Beweis verletzt habe, macht der Kläger nicht geltend.

7. Der Kläger vermag nach dem Gesagten nicht dazutun, dass die fünf Belastungen Arbeitsauslagen darstellen. Er hat diese Beträge von total Fr. 1'190.60 der Beklagten zurückzuerstatten. Die Anschlussberufung ist demnach gutzuheissen und der Kläger zu verpflichten, der Beklagten Fr. 27'502.15 netto (Fr. 26'311.55 zuzüglich Fr. 1'190.60) zuzüglich 5 % Zins seit dem 14. März 2016 zu bezahlen.

## VI.

1. Erst- und zweitinstanzliches Verfahren sind kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO in Verbindung mit Art. 94 Abs. 1 ZPO).

2.1 Die Beklagte obsiegt bei einem erstinstanzlichen Streitwert von Fr. 58'187.75 (Fr. 29'236.20 zuzüglich Fr. 28'951.55; Art. 94 Abs. 2 ZPO) neu im Umfang von Fr. 56'738.35 oder 97.5%. Die ordentliche Gebühr im Sinne von § 4 Abs. 1 AnwGebV beträgt Fr. 7'737.– (Urk. 42 S. 27). Der Kläger ist zu verpflichten, der

Beklagten eine auf 95% reduzierte Parteientschädigung von Fr. 7'350.15 zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer, total Fr. 7'916.10, zu bezahlen.

2.2 Im Berufungsverfahren beträgt der Streitwert noch Fr. 53'975.60 (Fr. 26'473.45 zuzüglich Fr. 27'502.15). Der Kläger unterliegt vollumfänglich. Er hat der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 4'500.– zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer, total Fr. 4'846.50, zu bezahlen (§ 4 Abs. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 21. Juni 2018 am 30. Oktober 2018 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als
  - a) die Hauptklage im Fr. 26'473.45 übersteigenden Umfange abgewiesen wurde;
  - b) die Widerklage im Fr. 27'502.15 netto (zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 14. März 2016) übersteigenden Umfange abgewiesen wurde.
2. Auf den Berufungsantrag Ziffer 2 wird insoweit nicht eingetreten, als der Kläger einen Zins von 5 % auf Fr. 26'473.45 seit 19. Februar 2016 verlangt.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung zusammen mit nachfolgendem Erkenntnis.

### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung des Klägers wird abgewiesen und Dispositiv Ziffer 1 des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich, 3. Abteilung (Einzelgericht), vom 21. Juni 2018 wird – soweit noch nicht in Rechtskraft erwachsen – bestätigt.
2. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten Fr. 27'502.15 netto, zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 14. März 2016, zu bezahlen.

3. Erst- und zweitinstanzliches Verfahren sind kostenlos.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 7'916.10 zu bezahlen.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'846.50 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 der Hauptklage beträgt Fr. 26'473.45, der Streitwert der Widerklage Fr. 27'502.15.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 5. August 2019

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. N.A. Gerber

versandt am:

bz