

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA190008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin Dr. S. Janssen sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Iseli

Beschluss und Urteil vom 30. April 2020

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich,
4. Abteilung, vom 17. Dezember 2018 (AH160198-L)**

Rechtsbegehren des Klägers:

(Urk. 1 S. 2)

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger im Rahmen einer Teilklage einen Betrag von CHF 29'997.25 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 31. Juli 2015 zu bezahlen, unter Nachklagevorbehalt.
2. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass der Kläger aus dem Arbeitsverhältnis einzig die Pönalentschädigung in der Höhe von 5 Monatslöhnen wegen missbräuchlicher Kündigung und die ausstehende Lohnsumme bis zum Ablauf der Kündigungsfrist (Juni- und Augustlohn 2015), in der Höhe von insgesamt CHF 29'997.25, geltend macht. Weitere, über den geltend gemachten Betrag hinausgehende Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis, Anspruch auf ein rechtsgenügendes Arbeitszeugnis, etwaige Forderungen wegen fehlerhaften BVG-Abzügen sowie Schadenersatzforderungen, wie der Erwerbsausfall, Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens, der Haushaltschaden und die Genugtuung bleiben einer Nachklage ausdrücklich vorbehalten und sind von der Rechtskraft auszunehmen.
3. Es sei ein zweiter Schriftenwechsel anzusetzen.
4. Es sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihm in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu gewähren.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

Modifiziertes Rechtsbegehren des Klägers:

(Urk. 36 S. 2)

Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger im Rahmen einer Teilklage einen Betrag von CHF 24'785.80 netto zuzusprechen.

An den übrigen Rechtsbegehren wird vollumfänglich festgehalten.

Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass der Kläger aus dem Arbeitsverhältnis neu einzig eine Pönalentschädigung von 4 Monatslöhnen netto im Umfang von CHF 17'704 (4x CHF 4'426) geltend macht sowie 2 Monatslöhne in der Höhe der SUVA-Taggelder netto im Betrag von CHF 7'081.80 (2x CHF 3'540.90) vorbringt, was einen Nettobetrag von total CHF 24'785.80 ergibt. Weitere über den geltend gemachten Betrag hinausgehende Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis, der Anspruch auf ein rechtsgenügendes Arbeitszeugnis, etwaige Forderungen wegen fehlerhaften BVG-Auszügen sowie Schadenersatzforderungen, wie der über die Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung hin-

ausgehende Erwerbsausfall, die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens, der Haushaltschaden und die Genugtuung bleiben einer Nachklage ausdrücklich vorbehalten.

Alles unter Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

**Verfügung und Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich,
4. Abteilung, vom 17. Dezember 2018:**

(Urk. 55)

(Verfügung)

1. Vom Klagerückzug im Umfang von CHF 5'211.45 wird Vormerk genommen und das Verfahren in diesem Umfang als dadurch erledigt abgeschrieben.
2. Die Entschädigungsfolgen werden mit nachfolgendem Urteil geregelt.
3. (Mitteilung)

(Urteil)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 6'250.– zu bezahlen.
4. (Mitteilung)
5. (Berufung)

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (Urk. 60 S. 2):

"Hauptantrag:

1. Es sei die Berufung gutzuheissen, Ziffer 1 des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 17.12.2018 aufzuheben und dem Berufungskläger einen Betrag von CHF 24'785.80 netto zuzusprechen, unter Nachklagevorbehalt.

2. Es sei die Berufung gutzuheissen, Ziffer 3 des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 17.12.2018 aufzuheben und dem Berufungskläger eine Parteientschädigung für das erstinstanzliche (Verfahren) zuzusprechen.

Eventualiter:

3. Es sei die Berufung gutzuheissen, Ziffer 1 des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 17.12.2018 aufzuheben und der Vorinstanz zur Neuhandnahme zurückzuweisen.

Zudem versehen mit folgendem Verfahrensantrag:

4. Es sei dem Berufungskläger auch im obergerichtlichen Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zuzusprechen und ihm in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zuzuordnen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten."

der Berufungsbeklagten (Urk. 64 S. 2):

" Es sei die Berufung abzuweisen und das Urteil des Arbeitsgerichts sei vollumgänglich zu bestätigen,
unter Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zulasten des Klägers und Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Bei der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan: Beklagte) handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, welche die Ausführung von Metallbau-, Schlosser- und Schmiedearbeiten sowie die Erstellung von Metallbaukonstruktionen, Fabrikation, Verarbeitung und den Vertrieb von und Handel mit Metallbauteilen aller Art bezweckt (vgl. Eintrag im Handelsregister; Urk. 5/3). Die Parteien schlossen am 10. Oktober 2012 einen Arbeitsvertrag ab. Der Kläger und Berufungskläger (fortan: Kläger) arbeitete ab dem 1. Januar 2013 als Metallbauer bei der Beklagten (Urk. 5/4).

Am 6. September 2013 ereignete sich auf der ...-Areal-Baustelle ein Unfall. Dabei wurde der Kläger an der linken Hand sowie am rechten Fuss verletzt (vgl. Akten Stadtpolizei Zürich und diverse Arztberichte; Urk. 5/7-37). Im Bericht der C._____ Gesundheitszentren AG vom 28. April 2015 wurde durch Med. pract. D._____ festgehalten, dass für den Kläger eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit für den Beruf als Metallbauer bestehe und eine Umschulung in Planung sei (Urk. 5/34).

Am 22. Juni 2015 wurde dem Kläger auf den 31. Juli 2015 gekündigt (Urk. 5/39). Mit Schreiben vom 15. Juli 2015 erhob der Kläger Einsprache gegen die Kündigung und erklärte, dass er bereit sei, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Darin stellte sich der Kläger, soweit vorliegend relevant, zudem auf den Standpunkt, dass es sich um eine missbräuchliche Kündigung handle (Urk. 5/41).

2. Am 21. Dezember 2016 ging die vom Kläger gegen die Beklagte erhobene arbeitsrechtliche Klage bei der Vorinstanz unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes der Stadt ..., vom 19. September 2016 ein (Urk. 1 und 3). Der Kläger forderte im weiteren Verlauf des Verfahrens eine Pönalentschädigung von vier Monatslöhnen netto im Betrag von insgesamt Fr. 17'704.– wegen missbräuchlicher Kündigung sowie zwei Monatslöhne in der Höhe der SUVA-Taggelder netto im Betrag von insgesamt Fr. 7'081.80, was einen Nettobetrag von Fr. 24'785.80 ergibt (Urk. 36 S. 2; vgl. im Übrigen die eingangs erwähnten Rechtsbegehren). Für den Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 55 S. 4 f.). Am 17. Dezember 2018 fällte die Vorinstanz die eingangs erwähnten Entscheide (Urk. 55).

3. Dagegen erhob der Kläger mit Eingabe vom 1. Februar 2019 rechtzeitig Berufung und stellte die oben erwähnten Anträge (Urk. 60). Mit Verfügung vom 20. Februar 2019 wurde der Beklagten Frist zur Berufungsantwort angesetzt (Urk. 63). Diese erfolgte unter dem 21. März 2019 (Urk. 64) und wurde dem Kläger mit Verfügung vom 22. März 2019 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 65). Auf entsprechendes Gesuch hin (Urk. 67) wurde dem Kläger mit Verfügung vom 5. April 2019 Frist zur Ausübung seines (unbedingten) Replikrechts angesetzt

(Urk. 68). Mit Eingabe vom 6. Mai 2019 erstattete der Kläger eine mit "Replik" betitelte Stellungnahme von 60 Seiten (Urk. 69). Mit Verfügung vom 17. Mai 2019 wurden die beiden Doppel der Stellungnahme dem Kläger zurückgesandt, verbunden mit der Aufforderung, seine weitschweifige Stellungnahme auf (höchstens) rund 30 Seiten zu beschränken (Urk. 70). Der Kläger erstattete seine gekürzte Stellungnahme mit Eingabe vom 3. Juni 2019 (Urk. 72). Mit Verfügung vom 4. Juni 2019 wurde diese der Gegenseite zur Kenntnisnahme zugestellt, verbunden mit dem Hinweis, dass eine allfällige Stellungnahme innert zehn Tagen zu erfolgen hätte (Urk. 73). Nach einmaliger Fristerstreckung (Urk. 74) nahm die Beklagte mit Eingabe vom 27. Juni 2019 ihr Replikrecht in Anspruch (Urk. 75). Diese Stellungnahme wurde dem Kläger am 2. Juli 2019 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 75 f.). Mit Eingabe vom 11. Juli 2019 ersuchte der Kläger erneut um Ansetzung einer Frist zur Ausübung seines unbedingten Replikrechts (Urk. 77). Mit Verfügung vom 15. Juli 2019 wurde ihm eine nicht erstreckbare Frist von zehn Tagen angesetzt (Urk. 78). Mit Eingabe vom 26. August 2019 erstattete der Kläger seine Stellungnahme (Urk. 80). Diese wurde der Beklagten am 29. August 2019 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 80 f.). Es sind keine weiteren Eingaben der Parteien erfolgt. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Der Streitwert der vorliegenden Klage beträgt weniger als Fr. 30'000.–, womit das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 243 Abs. 1 ZPO). In arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest, d.h. es gelangt die sog. eingeschränkte Untersuchungsmaxime zur Anwendung (Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO).

2.1. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.H. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBI 2006 S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend

gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Rechts- und auch Tatfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist, d.h. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfechtet, sich inhaltlich mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Pauschale Verweisungen auf frühere Rechtsschriften oder Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen hierfür grundsätzlich nicht. Sie sind namentlich dann unzureichend, wenn sich die Vorinstanz mit den betreffenden Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat (vgl. im Einzelnen BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 42 f.). In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei seiner Prüfung 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 (vgl. zum Ganzen BGE 144 III 394 E. 4.1.4 m.H. 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. Motivsub-

stitution; BGer 2C_124/2013 vom 25. November 2013, E. 2.2.2; für das Verfahren vor Bundesgericht: BGE 138 III 537 E. 2.2 und BGE 137 III 385 E. 3). Die eben genannten Anforderungen an eine Berufungsbegründung gelten auch im vereinfachten Verfahren (vgl. BGer 4A_659/2011 vom 7. Dezember 2011, E. 3; OGer ZH LA120023 vom 19.11.2012, E. 4a). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift (oder in der Berufungsantwort) in rechtsgenügender Weise erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.H.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3).

2.2. Der Kläger macht in seiner Berufungsschrift über weite Strecken (rechtliche) Ausführungen allgemeiner Natur (vgl. insb. zu den Fürsorgepflichten der Arbeitgeberin gestützt auf OR, ArG und UVG [Urk. 60 S. 19 ff. Rz. 37-41]) beziehungsweise wiederholt wörtlich, was er betreffend Unfallhergang und Verletzungsfolgen bereits vor Vorinstanz vortrug (insb. Urk. 60 S. 5 ff. Rz. 12 ff. [vgl. Urk. 1 S. 4 ff. Rz. 8 ff.]; Urk. 60 S. 11 ff. Rz. 21 ff. [vgl. Urk. 1 S. 7 ff. Rz. 12 ff.]). Ein erkennbarer (geschweige denn näherer) Bezug zum vorinstanzlichen Entscheid wird dabei nie hergestellt; es enthalten die sich deshalb in blossen Wiederholungen erschöpfenden Ausführungen zwangsläufig auch keine erkennbare Mitteilung von Überlegungen des Klägers an die Rechtsmittelinstanz dazu, inwiefern die Vorinstanz Recht falsch angewendet oder einen bestimmten Sachverhalt unrichtig festgestellt hätte. Den entsprechenden Ausführungen kommt insoweit auch keine selbständige Bedeutung zu. Nach dem vorhin in E. II/2.1 Dargelegten erweist sich die Berufung in diesem Teil deshalb als unbegründet, worauf auch die Beklagte in ihrer Berufungsantwort zu Recht hinweist (vgl. Urk. 64 S. 14 Rz. 34). Entsprechend ist nicht weiter auf seine diesbezüglichen Ausführungen einzugehen. Im Übrigen beginnen gemäss Kläger selbst seine Beanstandungen erst ab Seite 18 seiner Berufungsschrift (Urk. 60 Rz. 34).

3. 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 konn-

ten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf (unechte) Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun und ihre Voraussetzungen notwendigenfalls zu beweisen (BGE 143 III 42 E. 4.1; BGer 5A_86/2016 vom 5. September 2016, E. 2.1, je m.H.). Diese Einschränkung bezüglich des Novenrechts gilt auch im Anwendungsbereich der sog. sozialen bzw. eingeschränkten Untersuchungsmaxime (BGE 138 III 625; 142 III 413 E. 2.2.2), welcher der vorliegende Rechtsstreit unterliegt. Werden Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträge im Berufungsverfahren bloss erneuert, ist unter Hinweis auf konkrete Aktenstellen aufzuzeigen, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz eingebracht wurden; andernfalls gelten sie als neu.

4. Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien in der Berufungs- bzw. Berufungsantwortschrift 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 m.H.). 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 vom 3. Juni 2019 (Urk. 72) sowie seine in Ausübung seines unbedingten Replikrechts erfolgte Eingabe vom 26. August 2019 (Urk. 80) enthalten überwiegend Wiederholungen oder Vervollständigungen der bisherigen Kritik. Insoweit ist nicht weiter darauf einzugehen.

III.

1.1. Zur *Pönalentschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung* erwog die Vorinstanz Folgendes: *Der Kläger* mache die Beklagte für den Unfall und damit auch für seine unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit verantwortlich, weshalb sich die Frage der missbräuchlichen Kündigung stelle. Der Kläger berufe sich insbesondere auf Art. 336 Abs. 1 lit. a OR, dessen zweiter Halbsatz grosszügig auszulegen sei. Im Falle einer Kündigung wegen Krankheit oder Unfallfolgen sei – so der Kläger – ein Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis nicht anzunehmen, wenn das vorwiegende Verschulden am Gesundheitszustand beim Arbeitgeber liege. Der Kläger mache damit einhergehend geltend, dass die Beklagte mit der sofortigen

Kündigung und damit, dass die Beklagte nicht nach weiteren Beschäftigungsmöglichkeiten für den Kläger Ausschau gehalten habe, gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung verstossen habe, weshalb diese rechtsmissbräuchlich sei (Urk. 55 S. 6).

Die Beklagte verneine zusammenfassend jegliche Schuld am Unfallhergang und die Verletzung der Fürsorgepflicht. Zudem mache sie geltend, dass sie dem Kläger erst nach einem Schreiben der SUVA und dem Wissen, dass eine Rückkehr zur angestammten Tätigkeit als Metallbauer nicht zumutbar sei, gekündigt habe. Der Kläger habe bis zur Kündigung nicht ansatzweise signalisiert, dass er im Betrieb wiederaufgenommen werden wolle. Es habe im kleinen Familienbetrieb der Beklagten auch keine Bürostelle gegeben. Zudem würde dem Kläger auch die notwendige Ausbildung dazu fehlen. Eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben bezüglich der Kündigung wäre selbst dann zu verneinen, wenn man bezüglich des Unfalls (fälschlicherweise) ein Verschulden der Beklagten im Sinne einer Fahrlässigkeit annehmen würde (Urk. 55 S. 7).

Die Vorinstanz erwog dazu, dass krankheits- oder unfallbedingt arbeitsunfähige Arbeitnehmer grundsätzlich bereits durch die Sperrfristen gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR geschützt seien. Vorliegend sei die Sperrfrist von 90 Tagen gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR bzw. Art. 63.1 lit. b des Landesgesamtarbeitsvertrags (LGAV) für das Schweizerische Schlosser-, Metallbau-, Landmaschinen-, Schmiede- und Stahlbaugewerbe für das dritte Dienstjahr längst abgelaufen gewesen, womit die Kündigung am 22. Juni 2015 in zeitlicher Hinsicht zulässig gewesen sei. Nach Ablauf der Sperrfrist sei eine Kündigung grundsätzlich zulässig, sofern nicht ein Missbrauchstatbestand vorliege. Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR sei eine Kündigung missbräuchlich, wenn sie aufgrund einer Eigenschaft (bspw. Krankheit, Invalidität), die der Person kraft ihrer Persönlichkeit zustehe, erfolge. Gemäss gleicher Bestimmung sei eine Kündigung aber dennoch zulässig, wenn die Eigenschaft im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehe. Vorliegend stünden die Unfallfolgen offensichtlich in einem Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis, indem der Kläger in seinem angestammten Beruf gar nicht mehr arbeiten könne. Die vorliegende Kündigung wäre also im Lichte von Art. 336 Abs. 1 lit. a

OR grundsätzlich zulässig (Urk. 55 S. 8). Eine Kündigung aufgrund von Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers, welche in einem Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis stehe, könne jedoch missbräuchlich sein, wenn die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers aufgrund eines schuldhaften Verhaltens des Arbeitgebers verursacht worden sei und diese Arbeitsunfähigkeit als Grund für die Kündigung angeführt werde. Das Bundesgericht habe eine Kündigung als missbräuchlich erachtet, welche der Arbeitgeber ausgesprochen habe, nachdem der Arbeitnehmer infolge einer nachlässigen Betriebsorganisation bei einem Arbeitsunfall am Auge schwer verletzt worden und nur noch teilweise arbeitsfähig gewesen sei bzw. sich der Arbeitnehmer geweigert habe, das Pensum wieder auf 100 % aufzustocken, wobei der Arbeitgeber die geltend gemachten organisatorischen Gründe nicht zu belegen vermocht habe (unter Verweis auf BGer 4A_102/2008 vom 27. Mai 2008). BGE 132 III 257 betreffe einen Fall, in welchem die Arbeitgeberin ihre Fürsorgepflicht hinsichtlich gesundheitlicher Massnahmen betreffend Schutz des Arbeitnehmers vor Passivrauchen missachtet habe und dem Arbeitnehmer, welcher Rauchallergiker gewesen sei, schliesslich wegen den krankheitsbedingten Absenzen gekündigt habe. Auch diese Kündigung sei vom Bundesgericht als missbräuchlich beurteilt worden. Diesen Fällen sei gemeinsam, dass die Arbeitgeber nicht alles Notwendige und Zumutbare im Sinne der Fürsorgepflicht von Art. 328 OR getan hätten, um die gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmer wieder zu integrieren. Die jeweiligen Arbeitnehmer hätten die Leistungen beim Treffen der geeigneten Schutzmassnahmen im angestammten Tätigkeitsbereich wieder erbringen können, die Beeinträchtigung hätte aufgehoben werden können. Damit bestünden wesentliche Unterschiede zum vorliegenden Fall. Der Kläger werde unbestrittenermassen nie mehr als Metallbauer arbeiten können. Die Beeinträchtigung des Klägers könne auch mit Massnahmen (z.B. baulicher oder organisatorischer Natur) seitens der Beklagten nicht mehr aufgehoben und seine Arbeitsfähigkeit nicht wiederhergestellt werden (unter Verweis auf Kamber; Bundesverwaltungsgericht, Abteilung I, Urteil A-5819/2016 vom 22. November 2017, A. gegen Bundesamt für Informatik und Telekommunikation BIT, Kündigung des Arbeitsvertrages/Zwischenzeugnis, teilweise Gutheissung der Beschwerde bezüglich Auflösung des Arbeitsverhältnisses, in: AJP 2018, S. 532). Selbst wenn der Beklagten

der Vorwurf gemacht werden müsste, den Unfall und die Unfallfolgen (mit-)verursacht zu haben, könne die hier zu beurteilende Kündigung unter diesen Umständen nicht missbräuchlich sein. Wäre jede Kündigung treuwidrig, bei welcher der Arbeitgeber den Kündigungsgrund zu verantworten habe, hätte dies – ganz zu Ende gedacht – zur Folge, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit einem nunmehr arbeitsunfähigen Arbeitnehmer nie mehr auflösen könnte, ohne sich dem Vorwurf der Missbräuchlichkeit auszusetzen. Dies widerspreche offensichtlich dem Sinn des Systems des Kündigungsschutzes von Art. 336 ff. OR. Demnach könne es trotz einer allfälligen Schuld der Beklagten nicht angehen, dass sie dem Kläger nach Ablauf der Sperrfrist nicht kündigen dürfte. Entgegen der Ansicht des Klägers könne nicht gesagt werden, die Beklagte habe ihr Kündigungsrecht nicht schonend ausgeübt. Die Beklagte habe rund eineinhalb Jahre über das Ende der Sperrfrist hinaus zugewartet bis zur Kündigung. Sie habe die Kündigung erst am 22. Juni 2015 ausgesprochen, rund drei Monate nachdem die SUVA der Beklagten mitgeteilt habe, eine namhafte Besserung des Zustandes des Klägers sei von weiteren Behandlungsmassnahmen nicht mehr zu erwarten, und ihr geraten habe, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, da eine Rückkehr zur angestammten Tätigkeit als Metallbauer nicht zumutbar sei (Urk. 55 S. 9 f.).

Eine Pflicht der Beklagten als KMU, für den Kläger eine ganz andere Stelle, etwa eine Praktikantenstelle im kaufmännischen Bereich, zu schaffen, obschon dafür möglicherweise kein Bedarf bestanden habe oder eine solche Stelle gar wirtschaftlich untragbar gewesen wäre, könne nicht angenommen werden (Urk. 55 S. 9). Der Kläger mache geltend, die Beklagte hätte wenigstens Hand bieten sollen zu einem Eingliederungsversuch im Sinne von Art. 18a IVG. Nach dieser Bestimmung könne die Invalidenversicherung einer versicherten Person versuchsweise einen Arbeitsplatz für längstens 180 Tage zuweisen (Arbeitsversuch), um die tatsächliche Leistungsfähigkeit der versicherten Person im Arbeitsmarkt abzuklären. Während des Arbeitsversuchs habe die versicherte Person Anspruch auf ein Taggeld; es entstehe kein Arbeitsverhältnis nach Obligationenrecht. Auch die Berufung auf diese Bestimmung betreffend Wiedereingliederungsmassnahmen helfe dem Kläger nicht. Erstens beruhten die Massnahmen auf Freiwilligkeit der Arbeitgeber. Zweitens sei bereits aufgrund des Umstandes,

dass die Invalidenversicherung den Arbeitsplatz zuweise und dass bei einem Arbeitsversuch im Sinne von Art. 18a IVG kein Arbeitsverhältnis nach OR entstehen solle, klar, dass eine Kündigung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses in einem ganz andern Tätigkeitsfeld, als der Arbeitsversuch nach Meinung des Klägers hätte stattfinden müssen, nicht missbräuchlich sein könne. Damit sei die Kündigung nicht missbräuchlich und keine Pönale geschuldet. Der Kläger habe allfällige weitere Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis, aber auch allfällige Schadenersatzforderungen ausdrücklich einer separaten Klage vorbehalten. Unter diesen Umständen müssten der genaue Unfallhergang und die Frage, ob die Beklagte am Unfall ein (Mit-)Verschulden treffe, nicht abgeklärt werden (Urk. 55 S. 10 f.).

1.2. Zum *Lohnfortzahlungsanspruch* des Klägers erwog die Vorinstanz, die Beklagte habe dem Kläger am 22. Juni 2015 auf den 31. Juli 2015 mit einer Kündigungsfrist von einem Monat gekündigt. Der Kläger habe sich zum Zeitpunkt der Kündigung im dritten Dienstjahr befunden. Sowohl gemäss Art. 61.1 LGAV als auch Art. 335c Abs. 1 OR betrage die Kündigungsfrist in diesem Fall zwei Monate. Das Arbeitsverhältnis sei damit erst per 31. August 2015 aufgelöst worden. In den letzten drei Monaten des Arbeitsverhältnisses, Juni bis August 2015, habe sich der Kläger im dritten Dienstjahr befunden. Gemäss Zürcher Skala wäre die Beklagte im dritten Dienstjahr zu einer Lohnfortzahlung über neun Wochen hinweg verpflichtet gewesen. Der Kläger sei gegen Unfälle bei der SUVA versichert gewesen, wie dies Art. 51.1 LGAV vorsehe. Seit dem Unfall im September 2013 bis und mit Mai 2015 habe die SUVA denn auch 80 % des Bruttolohnes bezahlt. Die Beklagte wäre als Arbeitgeberin hingegen lediglich zu neun Wochen Lohnfortzahlung verpflichtet gewesen. Gemäss Art. 324b Abs. 1 OR und Art. 51.2 LGAV sei der Arbeitgeber mit dem Abschluss der Versicherung bei der SUVA von der Lohnzahlung bei Unfall befreit. Die Leistung der obligatorischen Versicherung trete vollständig an die Stelle der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers (unter Verweis auf Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR, Art. 324a-b OR N 31). Dem Kläger stünden unter diesen Umständen keine Lohn- oder Unfalltaggeldzahlungen der Beklagten mehr zu. Die Klage sei auch in diesem Punkt abzuweisen (Urk. 55 S. 12 f.).

2. Der Kläger rügt am vorinstanzlichen Entscheid drei Punkte. Erstens habe die Vorinstanz zu Unrecht die Missbräuchlichkeit verneint, nachdem die Beklagte an seinem Unfall ein Verschulden trage. Die Beklagte habe ihre Fürsorgepflicht verletzt, weshalb die Kündigung des Arbeitsverhältnisses missbräuchlich sei. Zweitens habe die Vorinstanz die Pflicht der Beklagten, als Arbeitgeberin Wiedereingliederungsmassnahmen gestützt auf das IVG zu versuchen, zu Unrecht verneint. Zudem habe die Vorinstanz diesbezüglich das Recht auf Beweis verletzt. Schliesslich sei eine Lohnfortzahlungspflicht von der Vorinstanz zu Unrecht verneint worden. Nachdem die Unfalltaggelder ausgelaufen seien, hätte die Krankentaggeldversicherung greifen müssen (Urk. 60 S. 18 ff. Rz. 34 ff.).

2.1. Der Kläger beanstandet betreffend die Frage der missbräuchlichen Kündigung im Wesentlichen eine Verletzung von Art. 336 OR. Die Vorinstanz übersehe das Zusammenspiel von Fürsorgepflicht und sachlichem Kündigungsschutz. Art. 336 OR solle stets auch das in sich widersprüchliche Verhalten des Arbeitgebers sanktionieren, etwa wenn er mit seiner Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines besonders vulnerablen Mitarbeiters gleichzeitig die Fürsorgeverpflichtungen aus Art. 328 OR verletze. Zur Bestimmung der Fürsorgepflicht, der Garantenstellung, bedürfe es eines Blicks auf die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des Arbeitsschutzes, die es dem Arbeitgeber auftrügen, für die Arbeitssicherheit besorgt zu sein (Urk. 60 S. 18 Rz. 35 f.). Der Bauunternehmer habe gegenüber seinen Angestellten eine Garantenstellung und habe nach Art. 6 ArG und Art. 328 OR (als Ausfluss von Art. 10 BV und Art. 8 EMRK) alles in seiner Macht Stehende zu unternehmen, um die Gesundheit des Arbeitnehmers zu schützen. Die Organisation gefahrloser Arbeitsabläufe gehöre zu den vertraglichen Nebenpflichten des Arbeitgebers, zu den Fürsorgepflichten des Vertragsrechts, die auch in den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des Arbeitsgesetzes, der Baustellenverordnung und des Unfallversicherungsgesetzes und seiner Verordnungen enthalten seien und über Art. 342 OR Eingang in den Arbeitsvertrag fänden. Im Einzelnen habe der Arbeitgeber nach Art. 3 BauAV die Arbeitsstelle so zu organisieren, dass "keine" Unfälle entstehen könnten, müssten doch Bauarbeiten so geplant werden, dass "das Risiko von Berufsunfällen, von Gesundheitsbeeinträchtigungen möglichst klein" sei und die notwendigen Sicherheitsmassnahmen na-

mentlich bei der Verwendung von Arbeitsmitteln eingehalten werden könnten (Urk. 60 S. 19 Rz. 37). Nach Art. 5 Abs. 3 ArGV 3 habe der Arbeitgeber seine Angestellten hinreichend über die mit ihren Tätigkeiten zusammenhängenden Gefahren und Massnahmen sowie deren Verhütung zu informieren und anzuleiten. Die Anleitung der Tätigkeit habe bei Stellenantritt zu erfolgen und sei nötigenfalls zu wiederholen. Dabei müsse der Arbeitgeber insbesondere die Sicherheitsvorkehrungen den Arbeitnehmern regelmässig in Erinnerung rufen und sie nötigenfalls aktiv durchsetzen (Urk. 60 S. 19 f. Rz. 38). Der Arbeitgeber sei auch nach Art. 6 Abs. 3 VUV verpflichtet, für die Einhaltung der Arbeitssicherheitsvorschriften zu sorgen: Er habe insbesondere einzuschreiten, wenn er merke, dass sich ein Arbeiter Gefahren aussetze (unter Verweis auf BGE 112 II 145 [gemeint: 112 II 138], 100 II 354 und 95 II 137 [allesamt die Haftung des Arbeitgebers betreffend]). Jeder Unternehmer sei nach Art. 10 VUV (wie nach Art. 9 ArGV) verpflichtet, auch Drittarbeitnehmer zu informieren, etwa über den sicheren Lastentransport, was allerdings in Art. 41 VUV eine Spezialregelung erfahren habe: So habe der Arbeitgeber auch hier geeignete Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen, gehe es darum, unhandliche oder schwere Lasten zu transportieren. Er habe deren sichere und gesundheitsschonende Handhabung und Verschiebung zu ermöglichen (unter Verweis auf Art. 25 ArGV 2, Art. 32a VUV) und seine Mitarbeiter dazu anzuleiten, wenn immer möglich eine Maschine einzusetzen und von einem Körpereinsatz abzusehen (unter Verweis auf Art. 41bis VUV [gemeint wohl Art. 41 Abs. 2bis VUV] und Art. 11 BauAV). Wenn Drittarbeitnehmer an den Arbeiten beteiligt seien, so hätten beide am Bau beteiligten Vorgesetzten dafür besorgt zu sein, dass auch die jeweilig anderen Bauarbeiter über die Sicherheitsvorschriften orientiert seien und sie einhielten (unter Verweis auf Art. 9 Abs. 2 VUV; Urk. 60 S. 20 Rz. 39 f.). All diese Bestimmungen umrissen die vertraglichen Pflichten und die Garantienpflichten des Arbeitgebers, für den Schutz des Arbeitnehmers besorgt zu sein. Erfolge nun eine Kündigung nach einem krass vertragswidrigen Verhalten des Arbeitgebers, seien die Prämissen von Art. 336 ff. OR stets erfüllt, weil die Kündigung ein *venire contra factum proprium* darstelle. Einerseits sei der Arbeitgeber verpflichtet, die körperliche Unversehrtheit zu schützen, andererseits entlasse er ihn wegen einer Arbeitsunfähigkeit, die er (der Arbeitgeber) selbst verur-

sacht habe (unter Verweis auf BGE 132 III 115). Folglich genüge es, wenn sich die Kündigung als treuwidrig erweise, um die Missbrauchsfolgen auszulösen, liege doch die Grundlage des sachlichen Kündigungsschutzes in Art. 2 ZGB begründet (Urk. 60 S. 21 Rz. 41). Ob und inwieweit organisatorische Massnahmen bei der Wiedereingliederung vor der Kündigung getroffen worden seien, sei mehr als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips zu werten denn als deren konstitutives Element für die Treuwidrigkeit im Sinne eines *venire contra factum proprium*: Freilich habe eine Kündigung verhältnismässig zu sein, um dem Missbrauchsvorwurf zu entgehen. Doch gelte es, dies von der Treuwidrigkeit im Sinne einer in sich widersprüchlichen Handlung zu unterscheiden, die neben der unverhältnismässigen Kündigung als weiteres Anwendungsbeispiel und unabhängig davon Beachtung erfahren müsse. Die Vorinstanz habe indes die beiden Anwendungsbeispiele des Missbrauchstatbestandes verknüpft, als handle es sich um Voraussetzung und Rechtsfolge, was sich mit der Generalklausel des Art. 2 ZGB nicht verträglich (Urk. 60 S. 21 f. Rz. 41). *Vorliegend* (Hervorhebung durch urteilende Kammer) hätte eine Abwasserrinne von 250 Kilogramm transportiert werden sollen und zwar auf eine Rampe, die auf der anderen Seite einer Brüstung gelegen habe. Ein Gabelstapler habe die Rinne nur soweit hinüberheben können, als er nicht vom Gerüst behindert worden sei, weshalb die Abwasserrinne nur bis auf Kopfhöhe hinübergestemmt worden sei, wo sie dann habe abgeladen werden sollen. Trotz dieser unstabilen Lage habe es der Arbeitgeber zugelassen, dass mit dem Herunternehmen begonnen worden sei, habe also den Vorgang nicht abgebrochen, um etwa Gurte oder, wie der Kläger geraten habe, einen Kran zu organisieren, vielleicht auch das Geländer zu verschieben. Ungeachtet all dessen habe es der ebenfalls anwesende Chef zugelassen, dass die Rinne nun in diesem instabilen Zustand abgeladen worden sei. Daraufhin sei das rund 250 Kilogramm schwere Gerät aus dem Gleichgewicht geraten und habe letztlich des Klägers Daumen abgequetscht. Damit habe die Beklagte die aus Art. 25 ArGV 3 und Art. 32a VUV folgende Verpflichtung verletzt, die Arbeitsgerätschaften – hier den Gabelstapler und die Abwasserrinne – so einzusetzen, auf dass nichts geschehen könne. Gleichzeitig habe sie ihre Pflicht verletzt, die Arbeitnehmer hinreichend anzuleiten. Mithin habe sie ihre Fürsorgeverpflichtungen gemäss Art. 328 OR

i.V.m. Art. 342 OR i.V.m. Art. 6 ArG i.V.m. 83 UVG i.V.m. 32 VUV (gemeint wohl Art. 32a VUV) und Art. 25 ArGV 3 verletzt, weshalb das vorinstanzliche Urteil aufzuheben sei (Urk. 60 S. 22 f. Rz. 42 ff.).

Aus Art. 328 OR folge zudem das Gebot der schonenden Ausübung des Kündigungsrechts: Obwohl der Kündigungsschutz grundsätzlich am Motiv der Kündigung anknüpfe, könne sich die Missbräuchlichkeit aus der Art und Weise ergeben, wie die Kündigung ausgeübt werde. So könne ein krass vertragswidriges Verhalten, namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung, im Umfeld einer Kündigung die Beendigung des Arbeitsverhältnisses als missbräuchlich erscheinen lassen. Eine Verletzung des Gebots der schonenden Rechtsausübung sei folglich entgegen den Ausführungen der Vorinstanz jeweils dann anzunehmen, wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit einer Verletzung der Fürsorgeobliegenheiten einhergehe. Zu nennen sei hier wieder die seit BGE 132 III 115 begonnene Rechtsprechung, wo eine missbräuchliche Kündigung angenommen worden sei, wenn dem Unternehmer bewusst sein müsse, dass es seinem gekündigten Angestellten schwerfallen werde, eine neue Arbeitsstelle zu finden. Was für altgediente Mitarbeiter gelte, dürfte (sic) aber auch für schwer verletzte Arbeitnehmer gelten, insbesondere dann, wenn der Unfall durch eine Unterlassung des Arbeitgebers verschuldet worden sei, wenn er sich wie vorliegend eine Vertragswidrigkeit zu Schulden habe kommen lassen (Urk. 60 S. 24 Rz. 47 f.). Folglich sei bei der Verletzung des Gebots der schonenden Rechtsausübung stets die Frage zu beantworten, ob dem Arbeitgeber andere, weniger einschneidende Massnahmen zur Verfügung stünden als eine Kündigung. Das von der Vorinstanz gewählte Unterscheidungskriterium, ob der Mitarbeiter im bisherigen Umfeld wieder eingesetzt werden könne oder nicht, erweise sich daher als nicht zielführend. Vergegenwärtige man sich die im Rahmen der 5. IV-Revision geschaffene Möglichkeit der Weiterbeschäftigung freilich im Hinblick auf die Erwerbchancen des schwer verletzten Arbeitnehmers, dessen Zustand der Arbeitgeber zumindest (mit-)verursacht habe, so sei nicht ersichtlich, weshalb sich die Beklagte nicht während einer beschränkten Zeit bereit erklärt habe, einen Praktikumsplatz zur Verfügung zu stellen bzw. sich (nicht) wenigstens bei der IV bemüht habe, einen solchen finanziert zu erhalten. Damit genüge sie dem Gebot der schonenden

Rechtsausübung nicht, was ins Gewicht falle, da sie die schweren Verletzungen verursacht habe (Urk. 60 S. 25 Rz. 49 ff.). Mithin sei entgegen der Vorinstanz eben nicht davon auszugehen, die Beklagte habe alles in ihrer Macht stehende getan. Allein die Zeit ins Land streichen zu lassen, zwei Jahre abzuwarten, ohne sich ernsthaft um den schwer verletzten Kläger zu kümmern, genüge unter Umständen (sic) nicht, um dem Vorwurf der Missbräuchlichkeit zu entgehen. Auch genüge es nicht, kritiklos der SUVA zu folgen, die, ohne für die Eingliederung zuständig zu sein, der Beklagten geraten habe, die Kündigung auszusprechen (Urk. 60 S. 26 Rz. 52). Entgegen der Vorinstanz sei es gerade das fehlende Bemühen um einen Wiedereingliederungsplatz, sei es mit Hilfe der IV, sei es, den Kläger als Sicherheitsbeauftragten zu beschäftigen, welches das Gebot der schonenden Rechtsausübung verletzt habe (Urk. 60 S. 26 f. Rz. 54 und S. 30 Rz. 63).

Schliesslich sei sein Recht auf Beweis verletzt worden. Er habe im vorinstanzlichen Verfahren, genauer in der Replik (Urk. 36), Rz. 68, E. _____ (von der SVA Zürich) als Zeugin dafür angeboten, dass sie selbstverständlich einen Wiedereingliederungsversuch unterstützt hätten, wären sie angefragt worden (Urk. 60 S. 29 f. Rz. 60 f.).

2.2. Hinsichtlich der Entschädigung (nach Art. 324a OR) moniert der Kläger, es treffe "so nicht ganz zu", dass sich die Beklagte durch die Entrichtung der Unfalltaggelder auch dann aller Pflichten entledigt habe, als die SUVA aufgehört habe, Taggelder zu leisten. So sei die Beklagte verpflichtet, eine Krankentaggeldversicherung abzuschliessen, habe sie doch jeweils Krankentaggelder vom Lohn abgezogen. Sobald nicht mehr von einem Unfall auszugehen sei, gelte das Geschehnis als Krankheit (unter Verweis auf Art. 4 ATSG) und die Krankentaggeldversicherung werde ebenfalls im Umfang von 80 % des Lohnes leistungspflichtig. Gleichzeitig bleibe zu bemerken, dass die Beklagte für zwei Monate gar keine Leistungen weitergeleitet habe, wenngleich sie, wie die Vorinstanz festgestellt habe, über das Jahr 2015 hinaus Zahlungen entgegengenommen habe, was die Vorinstanz unbeachtet gelassen und so Art. 356 OR i.V.m. Art. 51 LGAV verletzt habe. Mit anderen Worten schulde die Beklagte weiterhin die beiden Monatslöhne, wobei noch die Pönalentschädigung (nach Art. 336a OR) zu berücksichtigen

sei. Ein Beleg, dass die Zahlungen ausgerichtet worden seien, bestehe nicht (Urk. 60 S. 27 f. Rz. 56). Zudem macht der Kläger Ausführungen zur Höhe der Pönale gemäss Art. 336a OR (Urk. 60 S. 28 f. Rz. 57 ff.).

3. Missbräuchliche Kündigung

3.1. Für die Rechtmässigkeit einer Kündigung bedarf es grundsätzlich keiner besonderen Gründe, da das schweizerische Arbeitsrecht vom Prinzip der Kündigungsfreiheit ausgeht. Missbräuchlich ist die Kündigung nur, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, welche in Art. 336 OR umschrieben werden, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist (BGE 132 III 115 E. 2.1 m.H.). Sie konkretisiert vielmehr das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot und gestaltet dieses mit für den Arbeitsvertrag geeigneten Rechtsfolgen aus (BGer 4C.354/2005 vom 8. Februar 2006, E. 2.1 m.H.). Gemäss Art. 336 OR muss der Missbrauch anders als bei Art. 2 Abs. 2 ZGB kein offenkundiger sein. Es gilt in den bereits von der Botschaft zitierten Worten von Eugen Huber, demjenigen Kündigungsrecht den Schutz zu versagen, das bloss "bei rein äusserlicher Betrachtung vorhanden wäre, aber doch bei tieferer Erfassung der subjektiven Berechtigung materiell nur in dem Sinne der Überschreitung vorhanden ist" (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336 OR N 2 unter Verweis auf BBl 1984 II 599 sowie StenBull NR 1906 S. 1037). Beispielsweise liegt gemäss Bundesgericht eine nach Art. 336 OR verpönte Treuwidrigkeit vor, wenn die zahlreichen krankheitsbedingten Absenzen des Klägers, welche die Beklagte schliesslich zur Kündigung bewogen, der Unterlassung einer Fürsorgepflicht (i.c. der Schutz eines Allergikers vor Passivrauchen) zuzuschreiben wären, denn die Ausnutzung eigenen rechtswidrigen Verhaltens bildet einen typischen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs (BGer 4C.354/2005 vom 8. Februar 2006, E. 2.3 m.H. auf BGE 125 III 70 E. 2a). Hat der Arbeitgeber die Krankheit verschuldet, so wäre die Berufung auf fehlende Missbräuchlichkeit der Kündigung wegen Zusammenhangs zwischen Krankheit und Arbeitsverhältnis missbräuchlich (BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 336 OR N 16 unter Verweis auf JAR 1992 S. 166 ff., 171 f. und JAR 2007 S. 219 ff., 225; die genannten Fälle betrafen Kündigungen im Zusammenhang mit sexueller Belästigung bzw. Mobbing). Die gegenteilige

Meinung wird damit begründet, dass in diesem Fall dem Schutz des Arbeitnehmers durch die Sozialversicherung Rechnung getragen werde; zudem könne der betroffene Arbeitnehmer vom Arbeitgeber Schadenersatz verlangen (JAR 2009, S. 565 ff., 567 f.). Bei der missbräuchlichen Kündigung geht es jedoch nicht um Schadenersatz, sondern um den Erhalt der Arbeitsstelle (ZK-Staehelin, Art. 336 OR N 17). Im Lichte von BGE 132 III 257 ist eine Kündigung infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nach Ablauf der Sperrfristen nach Art. 336c OR nur dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber alles Notwendige und Zumutbare i.S.v. Art. 328 OR geleistet hat, um die Aufrechterhaltung des Arbeitsplatzes für den gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmer zu ermöglichen oder aber, wenn solche Massnahmen von vornherein unzumutbar gewesen wären (Pärli/Hug/Petrik, Arbeit, Krankheit, Invalidität – Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte, 2015, S. 38). Die allgemeinen Anforderungen an die Arbeitgebenden sind öffentlich-rechtlich und privatrechtlich die gleichen, und die drei massgebenden Bestimmungen (Art. 82 Abs. 1 UVG, Art. 6 Abs. 1 ArG und Art. 328 Abs. 2 OR) haben auch einen beinahe identischen Wortlaut (vgl. BSK UVG-Mosimann, Vor Art. 81-87a N 4). Statuiert wird die Pflicht, "zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den gegebenen Verhältnissen angemessen sind" (Art. 81 Abs. 2 UVG), bzw. die Pflicht, "zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind" (Art. 6 Abs.1 ArG), bzw. die Pflicht, "zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sind, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihm [den Arbeitgeber] billigerweise zugemutet werden kann" (Art. 328 Abs. 2 OR). Vorliegend konnte dem als Metallbauer zu 100 % arbeitsunfähigen Kläger die Stelle als Metallbauer jedoch im Zeitpunkt der Kündigung nicht erhalten werden. Die Argumentation der Vorinstanz fragt danach, ob im Zeitpunkt der Kündigung in Ausübung der Fürsorge-

pflicht von der Beklagten noch etwas hätte unternommen werden können, um dem Kläger seinen (angestammten) Arbeitsplatz aufrechtzuerhalten. Die Frage wurde verneint und damit die Missbräuchlichkeit der Kündigung. Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Beklagten – hätte sie den Unfall des Klägers infolge einer Verletzung ihrer Fürsorgepflicht zu verantworten – trotzdem der Vorwurf einer missbräuchlichen Kündigung gemacht werden müsste. BGE 132 III 257 weist in diese Richtung, wonach die Ausnutzung eigenen rechtswidrigen Verhaltens einen typischen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs darstellt (BGE 132 III 257, nicht publ. E. 2.3 des Urteils 4C.354/2005 vom 8. Februar 2006). So beruft sich der Kläger auf verschiedene Bundesgerichtsurteile, gemäss welchen sich eine Kündigung nicht mit den Folgen der eigenen Vertragsverletzung rechtfertigen lässt (Urk. 72 S. 24 Fn. 28 u.a. unter Verweis u.a. auf BGer 8C_594/2010 vom 25. August 2011, E. 5.1.).

Der Kläger zeigt in seiner Berufung (vgl. Urk. 60 Rz. 42) jedoch nicht mit hinreichender Klarheit und Bestimmtheit auf, welche konkrete pflichtwidrige Unterlassung, die zum Unfall, zur Arbeitsunfähigkeit und schliesslich zur Kündigung führte, der Beklagten im Zusammenhang mit den eingesetzten Arbeitsmitteln (Gabelstapler, Arbeitsrinne) und dem Anleiten anzulasten ist. Er scheint der Beklagten vorzuwerfen, für die Verschiebung der Rinne keinen Kran organisiert bzw. den Gabelstapler nicht mit Lastgurten ausgerüstet zu haben und stattdessen nichts gegen das Ablademanöver von Hand unternommen bzw. dieses sogar veranlasst zu haben. Der Kläger argumentiert jedoch widersprüchlich, wenn er der Beklagten einerseits sinngemäss "krass vertragswidriges Verhalten" vorwirft (s. E. 2.1. oben) und an anderer Stelle (verspätet, s. E. II/4) fordert, es bedürfe zweier Gutachten, um gestützt auf die bereits im Recht liegenden Zeugenaussagen (gemeint sein dürften die z.Hd. der Polizei deponierten Aussagen der beteiligten Bauarbeiter, Urk. 5/7) die Frage abzuklären, ob der Vorgang die Vorschriften des Arbeitssicherheitsrechts verletzt habe oder nicht (Urk. 72 S. 8 Rz. 14). Der Kläger ist daran zu erinnern, dass Gegenstand des Beweises rechtserhebliche, Streitige Tatsachen sind (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO hat das Gericht nur die form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abzunehmen. Eine formgerechte Beweisofferte setzt somit hinreichend substantiierte

Tatsachenbehauptungen und die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen voraus (Art. 221 Abs. 1 lit. d und e i.V.m. Art. 219 ZPO). Über ungenügend substantiierte Tatsachenbehauptungen ist kein Beweis abzunehmen. Das Beweisverfahren dient nicht dazu, ungenügende oder fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen, sondern setzt solche vielmehr voraus (BGer 4A_113/2017 vom 6. September 2017, E. 6.1.1; 4A_449/2017 vom 26. Februar 2018, E. 4.3; 4A_696/2016 vom 21. April 2017, E. 4.1.2). Das gilt grundsätzlich und insbesondere bei anwaltlicher Vertretung auch im Geltungsbereich der eingeschränkten Untersuchungsmaxime (vgl. vorne, E. II/1). Der Kläger macht – abgesehen von der hier nicht relevanten Zeugenbefragung von E._____ (s. dazu E. 3.2. unten) – nicht geltend, die Vorinstanz habe sein Recht auf Beweis verletzt. Er beanstandet keinerlei unterlassene Beweiserhebung zur Frage, ob der Unfall auf eine der Beklagten anzulastende Fürsorgepflichtverletzung zurückzuführen ist. Er legt nicht klar dar, was zu seinem Schutz notwendig gewesen wäre und ob er der Meinung ist, dass entsprechende Schutzmassnahmen der Beklagten auch zumutbar gewesen wären (stattdessen macht er allgemeine rechtliche Ausführungen [s. E. 2.1 oben], welchen der genügende Bezug zum angefochtenen Entscheid fehlt [s. E. II/2.2 oben]). Immerhin sind Lasten nicht generell, sondern lediglich wenn immer möglich nicht von Hand zu bewegen (Art. 25 Abs. 2 ArGV 3), und es ist vorliegend umstritten, ob ein Kran (in der gebotenen Zeit) überhaupt zur Verfügung gestanden hätte (Urk. 64 S. 16 Rz. 41). Damit kommt der Kläger der oben erwähnten Begründungspflicht an eine Berufung nicht nach. Es bleibt unklar, worin er die behauptete Sorgfaltspflichtverletzung sieht. Auch lässt sich den von ihm angerufenen Bestimmungen (Art. 25 ArGV 3 und Art. 32a VUV) nicht die Verpflichtung des Arbeitgebers entnehmen, die Arbeitsgerätschaften so einzusetzen, "auf dass nichts geschehen kann" (Urk. 60 Rz 42) mit der Folge, dass der Arbeitgeber bereits seine Fürsorgepflichten verletzt und haftet, wenn doch etwas geschieht. Dies würde nichts anderes als eine Kausalhaftung darstellen.

Fest steht, dass die im Weg stehende (auf einer Bahnpalette befestigte) Rinne (Gewicht gemäss Berufungsschrift 166,8 kg zuzüglich zusätzlich [nicht näher spezifiziertes] in ihr verstautes Material [Urk. 60 S. 5 Rz. 13] bzw. 250 kg

[Urk. 60 S. 22 Rz. 42]; gemäss Beklagter wohl 166.8 kg [Urk. 64 S. 16 Rz. 40]) unter einem gewissen Zeitdruck auf die Seite geräumt wurde. Als (neben dem Gabelstaplerfahrer) sechs weitere Bauarbeiter, darunter das Mitglied des Verwaltungsrats der Beklagten, F._____ (Urk. 64 S. 16 Rz. 41), mit dem Abladen der Rinne vom Gabelstapler beschäftigt waren, geriet diese aus allen Beteiligten nicht erklärbaren Gründen (Urk. 5/7) ins Wanken und führte auf ihrem Fall zu Boden zu den eingangs erwähnten Verletzungen des Klägers (E. I/1 oben). Zu Recht macht die Beklagte geltend, der Unfall habe sich während des Abladens ereignet, wenn die vom Kläger erwähnten Sicherheitsgurten ohnehin entfernt hätten werden müssen. Es sei nicht klar, welches "geeignete Arbeitsmittel" dem Kläger nicht zur Verfügung gestanden haben solle. Der Kläger scheine die Auffassung zu vertreten, dass jegliche manuelle Handhabung von Lasten verhindert werden müsse, was lebensfremd anmute (Urk. 64 S. 16 Rz. 41). Im Raum steht damit jedenfalls höchstens eine fahrlässige (Mit-)Verursachung des Unfalls durch die Beklagte (Urk. 64 S. 14 Rz. 36). Es ist vorliegend darauf hinzuweisen, dass ein Baukontroll-Experte der Stadtpolizei Zürich, G._____, nach dem Unfall auf die Baustelle ausrückte und gemäss Polizeirapport (Urk. 5/7 S. 7 unten) bestätigte, dass der ausgeführte Arbeitsvorgang der involvierten Bauarbeiter korrekt gewesen sei. Zwar sei die Arbeitsweise nicht optimal gewesen, er könne aber keine Fahrlässigkeit bzw. strafbare Handlung erkennen (Urk. 64 S. 15 Rz. 38). Diese Feststellung ist zwar, wie der Kläger zu Recht vorbringt (Urk. 72 S. 8 Rz. 15), für den Zivilrichter (in einem allfälligen Schadenersatz- bzw. Genugtuungsprozess) nicht bindend. Vorliegend geht es jedoch nicht um die Beurteilung einer Haftungsklage (auch wenn der Kläger in seiner unaufgeforderten Stellungnahme seitenweise Ausführungen zu einem allfälligen Vorzustand des Klägers macht; Urk. 72 S. 18 bis 23 Rz. 34 bis 46), sondern um die Missbräuchlichkeit einer Kündigung. Das Bundesgericht erkennt die Missbräuchlichkeit in aller Regel nicht in einer einzelnen Verhaltensweise, sondern kommt im Rahmen einer *Gesamtwürdigung* zu diesem Schluss (Abegg/Stebler, in: AJP 2008 S. 1177, 1179 unter Verweis auf BGE 131 III 537 E. 4, wo der Arbeitnehmer als "Sündenbock" entlassen wurde, sowie unter Verweis auf Mobbing-Fälle). BGE 132 III 257 lag der Fall eines Allergikers zu Grunde, der wegen Rauchimmissionen am Arbeitsplatz gesundheitlich derart be-

einträchtig war, dass er verschiedentlich seiner Arbeit fernbleiben musste, was zu seiner Kündigung führte. Mit anderen Worten stand eine Fürsorgepflichtverletzung über einen längeren Zeitraum zur Diskussion. Vorliegend führte jedoch ein Unfall (mithin ein einmaliges und unbeabsichtigtes Ereignis) zur Arbeitsunfähigkeit und zur Kündigung des Klägers. Anzumerken bleibt, dass dieser Arbeitsunfall jedenfalls weder auf fehlende Schutzkleidung bzw. -ausrüstung (wie in BGer 4A_102/2008, wo der Arbeitnehmer infolge fehlender Schutzbrille eine Augenverletzung davon trug; im Übrigen handelte es sich dort um eine sog. Rache Kündigung gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. d OR) noch auf fehlende Schutzeinrichtungen im Sinne von Art. 28 Abs. 1 VUV am Arbeitsplatz bei der Beklagten zurückzuführen war. Mit anderen Worten ist der Unfall nicht auf einen grundsätzlich im Hinblick auf die Unfallverhütung mangelhaft ausgerüsteten bzw. organisierten Arbeitsplatz zurückzuführen, sondern geschah beim spontanen Hantieren unter einem gewissen Zeitdruck – anderes macht der Kläger zumindest in seiner Berufungsschrift nicht geltend. Damit fehlt es aber sowohl im Zeitpunkt der Kündigung als auch im Zeitpunkt des Unfalls an geltend gemachten zumutbaren zusätzlichen Massnahmen, welche die Beklagte in Nachachtung ihrer Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR hätte ergreifen können, um eine Beeinträchtigung der Gesundheit und damit der Arbeitsfähigkeit des Klägers zu vermeiden und ihm schliesslich die Arbeitsstelle zu erhalten (vgl. BGE 132 III 257 E. 6.1). Dem Kläger gelingt es mithin nicht, ein in sich widersprüchliches Handeln darzutun, das eine Missbräuchlichkeit der Kündigung zu Folge hätte.

3.2. Der Kläger sieht als weiteren Missbrauchsgrund die Art und Weise der Kündigung bzw. das Gebot der schonenden Rechtsausübung verletzt (Urk. 60 S. 24 Rz. 48 mit Verweis auf BGE 132 III 115). Er kann für seinen Standpunkt aus dem zitierten Bundesgerichtsentscheid jedoch nichts ableiten, da dieser Entscheid mit dem vorliegenden Sachverhalt schlicht nicht vergleichbar ist. Der höchstrichterliche Entscheid betraf eine Kündigung, welche nach 44 klaglosen Dienstjahren einem Mitarbeiter gegenüber ausgesprochen wurde, der wenige Monate vor der Pensionierung stand. Grund der Kündigung war, dass sich der Mitarbeiter (wie andere Mitarbeiter auch) mit dem Serviceleiter nicht verstanden hatte. Die Kündigung erfolgte, ohne dass vorgängig versucht worden war, das

Verhältnis der beiden zu entspannen und ohne betriebliche Notwendigkeit. Vorliegend präsentiert sich die Ausgangslage völlig anders, und es ist jede Analogie zu BGE 132 III 115 ausgeschlossen, u.a. weil der vor dem Unfall ein gutes halbes Jahr für die Beklagte arbeitende Kläger in seinem angestammten Arbeitsbereich nicht mehr einsetzbar war (vgl. BGer 4A_72/2008 vom 2. April 2008, E. 4; Urk. 64 S. 18 Rz. 44). Zudem besteht entgegen dem Kläger im Privatrecht keine Pflicht, eine erwogene Kündigung zunächst einer Verhältnismässigkeitsprüfung in dem Sinne zu unterziehen, dass vor einer Kündigung immer zuerst mildere Massnahmen zu ergreifen wären (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 336 OR N 4 m.H.; Pietruszak, in: ARV 2009 S. 124 ff., 127 f.). Fehl geht auch die Ansicht des Klägers, die Beklagte habe sich nicht darum bemüht, bei der IV einen Arbeitsplatz für einen Arbeitsversuch gestützt auf Art. 18a IVG als Bürokraft bzw. Sicherheitsbeauftragter erhältlich zu machen bzw. finanziert zu erhalten, weshalb die Kündigung missbräuchlich sei (Urk. 60 S. 25 ff. Rz. 49 ff.). Die Vorinstanz erwog dazu zu Recht, dass eine allfällige Wiedereingliederung auf der Freiwilligkeit der Arbeitgeber beruht. Wenn der Kläger schliesslich ausführt, mit einem Einsatz des Klägers wenigstens für beschränkte Zeit hätte die Beklagte ihr Versäumnis wiedergutmachen können (Urk. 60 S. 25 Rz. 51), so ist einerseits nach oben Ausgeführten (E. 3.1.) nicht erstellt, dass der Beklagten eine Verletzung ihre Fürsorgepflichten vorgeworfen werden kann; andererseits ist der vom Gesetz für eine Wiedergutmachung einer Körperverletzung vorgesehene Rechtsbehelf eine Schadenersatz- bzw. Genugtuungsklage. Damit ist auch die Rüge des Klägers nicht zu hören, wonach sein Recht auf Beweis von der Vorinstanz verletzt worden sei. Es ist nach dem Ausgeführten nicht rechtserheblich (Art. 150 Abs. 1 ZPO), ob E. _____ als Zeugin bestätigen würde, dass die IV bzw. die SVA Zürich einen Wiedereingliederungsversuch unterstützt hätte, wenn sie angefragt worden wäre (Urk. 60 S. 29 Rz. 60). Wenn der Kläger weiter geltend macht, er hätte zudem als Sicherheitsbeauftragter eingestellt werden können (Urk. 60 S. 26 Rz. 53 und S. 30 Rz. 63), so handelt es sich hierbei um eine neue Behauptung, auf die nicht weiter einzugehen ist. Schliesslich bringt der Kläger vor, die Beklagte habe just im ersten Moment nach Ablauf der Sperrfrist gemäss Art. 21 Ziff. 4 LMV (oder allenfalls sogar bereits zuvor) die Kündigung ausgesprochen, weshalb entgegen der

Vorinstanz nicht von einer schonenden Rechtsausübung gesprochen werden könne (Urk. 72 S. 27 f. Rz. 55). Ihm ist entgegen zu halten, dass vorliegend der Landesgesamtarbeitsvertrag (LGAV) für das Schweizerische Schlosser-, Metallbau-, Landmaschinen-, Schmiede- und Stahlbaugewerbe anwendbar ist (Urk. 55 S. 8) und nicht der Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV).

4. Entschädigung

Hinsichtlich der Rüge betreffend die Lohnfortzahlungspflicht mittels Krankentaggeldversicherung sind die Begründungsanforderungen nicht erfüllt. Der Kläger legt nicht dar, wo er vor Vorinstanz geltend machte, dass er krank gewesen sei und deshalb eine Krankentaggeldversicherung Leistungen hätte erbringen müssen und dass sich die Vorinstanz mit seinen Vorbringen nicht auseinandergesetzt hätte. Dem vorinstanzlichen Entscheid kann entgegen den Ausführungen des Klägers auch nicht entnommen werden, dass die Beklagte über das Jahr 2015 hinaus (Krankentaggeld-)Zahlungen entgegengenommen (und dem Kläger nicht weitergeleitet) hätte. Selbst wenn auf die betreffende Beanstandung einzutreten wäre, wäre zu beachten, dass die Kollektivtaggeldversicherung dem Arbeitnehmer ein selbständiges Forderungsrecht gegen den Versicherer gibt (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324a/b OR N 13 mit Verweis auf Art. 87 VVG und für die dem KVG unterstehenden Versicherungen Art. 112 Abs. 2 OR und BGE 122 V 81). Der Versicherer kann damit nicht mehr befreiend an den Arbeitgeber leisten (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324a/b OR N 13). Blieb ein Tatsachensfundament aber unbehauptet bzw. werden entsprechende Behauptungen in der Berufung nicht dargetan, ist nicht ersichtlich, weshalb die Vorinstanz neben der Lohnfortzahlungspflicht mittels Unfalltaggeldern zusätzlich die Entschädigung aus Krankentaggeldern hätte in Betracht ziehen und prüfen müssen (vgl. Art. 311 ZPO und vorne, E. II/2.1.). Der Kläger beruft sich (soweit verständlich) in seiner ersten unaufgeforderten Replik zudem auf Art. 324b Abs. 3 OR, um doch noch eine Lohnfortzahlungspflicht für den Juli und August 2015 zu begründen (Urk. 82 S. 30 Rz. 61 unter Verweis auf KUKO OR-Pietruszak, Art. 324b Rz. 2). Die genannte Bestimmung kommt jedoch nur zum Tragen, sofern nach Art. 324a OR eine Lohn-

fortzahlungspflicht des Arbeitgebers besteht (KUKO OR-Pietruszak, Art. 324b Rz. 2). Dass eine solche im Juli und August 2015 nicht mehr bestand, legte die Vorinstanz bereits zutreffend dar (Urk. 55 S. 12 f.). Wenn sich der Kläger schliesslich in seinen unaufgeforderten Repliken zusätzlich auf den Standpunkt stellt, die Kündigung sei gar nichtig (Urk. 72 S. 30 Rz. 62, Urk. 80 S. 9 Rz. 9), so ist ihm einerseits zu entgegnen, dass diesfalls die Missbräuchlichkeit der Kündigung nicht hätte beurteilt werden müssen. Andererseits will der Kläger die Nichtigkeit aus Art. 21 Abs. 4 LMV ableiten, der vorliegend jedoch, wie bereits erwähnt, nicht anwendbar ist.

5. Zusammenfassend erweist sich die Berufung des Klägers als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

IV.

1. Das Berufungsverfahren ist kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO; BGer 4A_332/2015 vom 10. Februar 2016, E. 6.2 m.H.).

2. 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 ist deshalb zu verpflichten, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine (volle) Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 und Art. 111 Abs. 2 ZPO). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 24'785.80 ist die Entschädigung (inkl. Mehrwertsteuer) auf Fr. 4'000.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1, § 11 Abs. 1 und 2 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

3. Die Entschädigungsregelung des erstinstanzlichen Verfahrens wird vom Kläger nicht selbstständig beanstandet, sondern lediglich als Folge des beantragten neuen Sachentscheids mitangefochten (vgl. Urk. 60 S. 2 ff. Rz. 1 ff. und S. 30 f. Rz. 62 ff.). Sie braucht im Berufungsverfahren deshalb nicht überprüft zu werden und ist ausgangsgemäss ohne Weiteres zu bestätigen.

4.1. Der Kläger machte betreffend sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 60 S. 2 Rz. 4) geltend, er verdiene im Zeitpunkt der Berufung kaum mehr als Fr. 3'000.– und habe kaum Vermögen, er sei daher bedürftig. Die näheren Angaben könnten dem beiliegenden Gesuch entnommen werden, das nachgereicht werde (Urk. 60 S. 4 Rz. 7).

4.2. Der Kläger hat entgegen seiner Ankündigung keine näheren Angaben zu seiner behaupteten Mittellosigkeit nachgereicht, obschon er zweimal sein unbedingtes Replikrecht ausübte. Eine gesuchstellende Partei hat dann Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Die gesuchstellende Person hat gemäss Art. 119 Abs. 2 ZPO die zur Beurteilung ihres Gesuchs relevanten Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzulegen. Es trifft sie bei der Abklärung der wirtschaftlichen Verhältnisse eine umfassende Mitwirkungspflicht. Kommt eine gesuchstellende Person dieser Mitwirkungspflicht nicht oder nur ungenügend nach und kann als Folge davon ihre Bedürftigkeit nicht hinreichend beurteilt werden, ist der Anspruch um unentgeltliche Rechtspflege zu verweigern (BGE 120 Ia 179). Das Gericht hat allenfalls unbeholfene Rechtsuchende auf die Angaben hinzuweisen, die es zur Beurteilung des Gesuchs benötigt. Eine anwaltlich vertretene Partei kann jedoch nicht als unbeholfen bezeichnet werden (BGE 120 Ia 179 E. 3a; BGer 4A_114/2013 vom 20. Juni 2013, E. 4.3.2 m.H.). Es kann zudem von einem Rechtsanwalt erwartet werden, dass er in Aussicht gestellte Urkunden mittels Fristenkontrolle im Auge behält. Der nach wie vor durch denselben Anwalt vertretene Kläger wurde zudem bereits vor Vorinstanz aufgefordert, aktuelle Informationen und Belege über seine Einkommenssituation einzureichen (Urk. 17), bevor sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege mit Verfügung vom 24. April 2017 bewilligt und ihm in der Person von Rechtsanwalt lic. iur X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt wurde (Urk. 24). Der anwaltlich vertretene Kläger ist damit seiner Mitwirkungsobliegenheit zur Darlegung seiner Mittellosigkeit nicht nachgekommen. Gestützt auf seine oben erwähnten (E. 4.1.) rudimentären Angaben zu seinen finanziellen Verhältnissen ist seine Mittellosigkeit nicht glaubhaft gemacht. Das Gesuch des Klägers, es sei ihm die unentgeltliche Prozessführung

zu gewähren und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen, ist deshalb abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Klägers, es sei ihm die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen, wird abgewiesen.
2. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 17. Dezember 2018 wird bestätigt.
2. Für das Berufungsverfahren werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.– zu bezahlen.
4. 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.

5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 24'785.80.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 30. April 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Scherrer

lic. iur. E. Iseli

versandt am:
mc