

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA190009-O/U

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

Beschluss und Urteil vom 18. Juli 2019

in Sachen

Restaurant A._____ GmbH,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

1. **B._____,**
2. **Unia Arbeitslosenkasse,**

Kläger und Berufungsbeklagte

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich,

1. Abteilung, vom 7. Januar 2019 (AH180074-L)

Rechtsbegehren:

A. Des Klägers 1 (Urk. 1 S. 2 f., Prot. S. 10 ff., sinngemäss):

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger folgende Geldbeträge zu bezahlen:
 - a. Entschädigung i.S.v. Art. 337c Abs. 1 OR über CHF 6'518.25 (Fr. 17'224.50 - Fr. 10'706.25)
 - b. Überstundenguthaben über brutto CHF 6'175.70
 - c. Ferienguthaben über brutto CHF 976.-

Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger ihre obligatorische Arbeitszeiterfassung vom 01.11.2016 bis zum 07.01.2018, datiert und unterzeichnet von der Beklagten, herauszugeben.

2. Die Beklagte sei zu verpflichten, den Nachweis zu erbringen, dass sie der zuständigen Pensionskasse C._____ den Lohn des Klägers für die 9 Monate April bis Dezember 2017 gemeldet hat.

Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger die während der Dauer von April bis Dezember 2017 unter dem Titel „BVG in % C._____“ vorgenommenen Lohnabzüge über total CHF 2'043.45 zurückzuerstatten.

3. Die Beklagte sei zu verpflichten, den Nachweis zu erbringen, dass sie auch sämtliche sonstigen zu Gunsten des Klägers geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge entrichtet hat.

4. Die Beklagte sei zu verpflichten dem Kläger folgende Unterlagen aus- bzw. zuzustellen:

- a. Schlussabrechnung über sämtliche Nachzahlungen der Beklagten
- b. Ordnungsgemässes Arbeitszeugnis gemäss Entwurf (mit folgendem Wortlaut):

„(Auf Geschäftspapier mit Firma, Adresse und Kontaktangaben)
Zürich, (Datum)

Arbeitszeugnis

Herr B._____, geboren am tt.09.1965, von D._____, war vom 01.11.2011 bis zum 31.12.2017 als Kellner in unserem Restaurant tätig.

Sein Aufgabengebiet umfasste folgende Tätigkeiten:

- Gästebetreuung in unserem gepflegten Restaurant
- Beratung der Gäste und aktiver Verkauf durch Empfehlung
- Erstellen des täglichen Mise en place
- Reinigungsarbeiten im Restaurant

- Mithilfe im Buffetbereich
- Erstellen der Serviceabrechnung

Wir haben Herrn B._____ als sehr zuverlässigen, pflichtbewussten und pünktlichen Mitarbeiter kennengelernt, der jederzeit sehr flexibel einsetzbar war. Er verfügt über fundiertes Fachwissen und grosse Berufserfahrung. Auch in hektischen Zeiten ist Herr B._____ den Kundenwünschen speditiv und qualitativ hochstehend nachgekommen. Wir haben seinen unermüdlichen Einsatz und sein grosses Engagement sehr geschätzt. Seine Arbeit erledigte er stets mit viel Freude und zu unserer vollsten Zufriedenheit.

Sein Verhalten gegenüber Vorgesetzten und Kollegen ist jederzeit sehr korrekt und zuvorkommend. Seine freundliche Art machte ihn auch bei unseren Kunden sehr beliebt.

Aus wirtschaftlichen Gründen sahen wir uns leider dazu gezwungen das Arbeitsverhältnis mit Herrn B._____ zu beenden, was wir sehr bedauern. Für seine wertvolle Mitarbeit bedanken wir uns herzlich und wünschen ihm für seinen weiteren privaten und beruflichen Werdegang alles Gute und viel Erfolg.

.....

E._____ / Geschäftsführer“

- c. Korrekt ausgefüllte bzw. unterzeichnete Arbeitgeberbescheinigung
 - d. Unterzeichnete Meldung des Austritts des Klägers 1 per 07.01.2018 zuhanden der Pensionskasse C._____
5. Unter Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

B. Der Klägerin 2 (Urk. 9/1 S. 2; Prot. S. 21, sinngemäss):

1. Die Beklagte sei zu verpflichten der Klägerin 2 den Betrag von CHF 10'706.25 zzgl. 5 % Zins seit 12.03.2018 zu zahlen.
2. Diese Klage und die Klage des Versicherten seien zu vereinigen.
3. Alles unter Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

**Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich,
1. Abteilung, vom 7. Januar 2019:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger 1 Fr. 5'446.05 netto Lohnersatz sowie Fr. 457.60 netto Ferienlohn zu bezahlen.

Im Mehrumfang wird Rechtsbegehren Ziffer 1 des Klägers 1 abgewiesen.

2. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger 1 ein Arbeitszeugnis mit folgendem Wortlaut aus- und zuzustellen:

„(Auf Geschäftspapier mit Firma, Adresse und Kontaktangaben)

Zürich, (Datum)

Arbeitszeugnis

Herr B._____, geboren am tt.09.1965, von D._____, war vom 01.11.2011 bis zum 31.12.2017 als Kellner in unserem Restaurant tätig.

Sein Aufgabengebiet umfasste folgende Tätigkeiten:

- Gästebetreuung in unserem gepflegten Restaurant
- Beratung der Gäste und aktiver Verkauf durch Empfehlung
- Erstellen des täglichen Mise en place
- Reinigungsarbeiten im Restaurant
- Mithilfe im Buffetbereich
- Erstellen der Serviceabrechnung

Wir haben Herrn B._____ als sehr zuverlässigen, pflichtbewussten und pünktlichen Mitarbeiter kennengelernt, der jederzeit sehr flexibel einsetzbar war. Er verfügt über fundiertes Fachwissen und grosse Berufserfahrung. Auch in hektischen Zeiten ist Herr B._____ den Kundenwünschen speditiv und qualitativ hochstehend nachgekommen. Wir haben seinen unermüdlichen Einsatz und sein grosses Engagement sehr geschätzt. Seine Arbeit erledigte er stets mit viel Freude und zu unserer vollsten Zufriedenheit.

Sein Verhalten gegenüber Vorgesetzten und Kollegen ist jederzeit sehr korrekt und zuvorkommend. Seine freundliche Art machte ihn auch bei unseren Kunden sehr beliebt.

Das Arbeitsverhältnis mit Herrn B._____ endete am 31. Dezember 2017. Wir bedanken uns für seinen geleisteten Einsatz und wünschen ihm für seine Zukunft viel Erfolg und alles Gute.

.....
E._____ / Geschäftsführer“

3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger 1 die folgenden Unterlagen aus- und zuzustellen:

- Schlussabrechnung über sämtliche Nachzahlungen der Beklagten
- korrekt ausgefüllte bzw. unterzeichnete Arbeitgeberbescheinigung

- Unterzeichnete Meldung des Austritts des Klägers 1 per 07.01.2018 zuhanden der Pensionskasse C. _____
- 4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin 2 Fr. 10'706.25 nebst Zins zu 5 % seit 12. März 2018 zu bezahlen.
- 5. Es werden keine Kosten erhoben.
- 6. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen.
- 7. (Mitteilung)
- 8. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

Der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 30):

- " 1. Ziff. 1, Ziff. 4 und Ziff. 6 des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 7. Januar 2019 (Geschäfts-Nr.: AH180074-L) seien aufzuheben und die Klagen der Berufungsbeklagten und Kläger seien vollumfänglich abzuweisen;
- 2. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zur Neuentscheidung zurückzuweisen;
- 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) gemäss dem Ausgang des Verfahrens.

Prozessuale Anträge

- 4. Es seien die vorinstanzlichen Akten des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, Geschäfts-Nr. AH180074-L, beizuziehen;
- 5. Es sei ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen."

Der Kläger 1 und 2 und Berufungsbeklagten 1 und 2:

-

Erwägungen:

A. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Der Kläger und Berufungsbeklagte 1 (fortan Kläger 1) stand seit dem 1. November 2011 als Kellner in einem Arbeitsverhältnis zu der Beklagten und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) und bezog einen Lohn von monatlich Fr. 5'300.– brutto zuzüglich 13. Monatslohn (Urk. 4/16; Urk. 4/18-29). Vom 23. Dezember 2017 bis am 6. Januar 2018 verreiste der Kläger 1 in die Ferien. Am 7. Januar 2018 schrieb der Geschäftsführer der Beklagten dem Kläger 1 per SMS, dass er sofort die Kündigung bekommen habe und daher nicht mehr zur Arbeit erscheinen müsse (Urk. 4/30). Am Tag darauf holte der Kläger 1 das von der Beklagten bereits am 28. Dezember 2017 zum ersten Mal und am 5. Januar 2018 erneut per Einschreiben versandte Kündigungsschreiben ab (Urk. 1 S. 6; Urk. 4/31; Urk. 4/32; Urk. 24/13, VI-Prot. S. 41). Darin teilte der Geschäftsführer der Beklagten dem Kläger 1 mit, Letzterer habe oft gesagt, er wolle eine schriftliche Kündigung. Er - der Geschäftsführer der Beklagten - habe die ganze Situation und das Verhalten des Klägers 1 gegenüber der Firma beobachtet. Er habe beschlossen, den Arbeitsvertrag sofort zu kündigen (Urk. 4/34). Auf Protest des Klägers 1 gegen die fristlose Kündigung (vgl. Urk. 4/34) erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 31. Januar 2018, die fristlose Kündigung sei gerechtfertigt gewesen, da der Kläger 1 unautorisiert Ferien bezogen habe. Der Betrieb habe aufgrund der Abwesenheit des Klägers 1 vom 28. bis zum 31. Dezember 2017 geschlossen werden müssen, weshalb die Beklagte erhebliche Umsatzeinbussen zu verzeichnen gehabt habe (act. 4/37).

2. Dem Kläger 1 wurde von der Klägerin und Berufungsbeklagten 2 (fortan Klägerin 2) für die Zeit vom 8. Januar 2018 bis 31. März 2018 eine Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von Fr. 10'706.25 netto ausgezahlt (Urk. 9/5/12). Mit Subrogationsanzeige vom 1. bzw. 23. März 2018 forderte sie die Beklagte auf, den Betrag, welcher für die entschädigten Kontrollperioden Januar bis März 2018 ausbezahlt wurde, zu begleichen (Urk. 4/5; Urk. 4/9). Diesem Ansinnen kam die Beklagte nicht nach.

3. Der Kläger 1 wehrt sich gegen die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses und reichte bei der Vorinstanz mit Eingabe vom 29. Mai 2018 die vorliegende arbeitsrechtliche Klage mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen ein (Urk. 1 und 2). Die Klägerin 2 reichte ihrerseits am 21. Juni 2018 bei der Vorinstanz Klage auf Rückerstattung der ausbezahlten Versicherungsleistungen ein (Urk. 9/1). Die Vorinstanz vereinigte die beiden Verfahren mit Verfügung vom 26. Juni 2018 (Urk. 8). Nach Durchführung der Hauptverhandlung vom 30. November 2018 fällt sie den eingangs zitierten Entscheid (Urk. 31).

4. Hiergegen erhob die Beklagte innert Frist Berufung (Urk. 30). Die Kläger 1 und 2 liessen sich innert Frist nicht vernehmen. Das Verfahren erweist sich damit als spruchreif. Auf die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels - wie von der Beklagten beantragt (Urk. 30 S. 2) - ist zu verzichten.

B. Vorbemerkungen

1. Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bilden die Lohnforderungen des Arbeitnehmers resp. der Arbeitslosenkasse gegenüber der Arbeitgeberin auf der Grundlage des sachlichen Kündigungsschutzes. Die Dispositivziffern 2 (Arbeitszeugnis) und 3 (Ausstellung und Herausgabe von Unterlagen) blieben unangefochten, weshalb sie in Rechtskraft erwachsen sind (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Dies ist vorzumerken. Ebenfalls unangefochten blieben die Dispositivziffern 5 und 6 (Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erstinstanzliche Verfahren). Diesbezüglich erfolgt indessen keine Vormerknahme der (Teil-) Rechtskraft (vgl. Art. 318 Abs. 3 ZPO).

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

ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, ist – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – von der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nicht zu überprüfen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4).

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

C. Fristlose Kündigung

1. Gemäss Art. 337 Abs. 1 OR kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen. Als wichtiger Grund gilt dabei jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein es dem Arbeitgeber nach Treu und Glauben nicht mehr möglich ist, das Arbeitsverhältnis bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin fortzusetzen. Die fristlose Auflösung hat Ausnahmecharakter, und die Annahme des Vorliegens eines wichtigen Grundes hat zurückhaltend zu erfolgen. Als wichtige Gründe gelten u.a. strafbare Handlungen, mitunter auch Ehrverletzungen gegen Mitarbeiter des Arbeitgebers. Nach der Bundesgerichtspraxis liegt ein wichtiger Grund nur bei besonders schweren Verfehlungen vor, während bei leichteren oder mittleren Verfehlungen der wichtige Grund nur vorliegt, wenn diese trotz Verwarnungen wiederholt vorkamen. Die Verfehlungen müssen objektiv geeignet sein, das gegenseitige Vertrauen, welches die Grundlage des Arbeitsverhältnisses ist, zu zerstören oder schwer zu erschüttern (Streiff/von Kanel/Rudolph, N 2 ff. und 8 zu Art. 337 OR mit Hinweisen auf BGE 117 II 560, BGE 129 III 380, BGE 130 III 28).

2. Die Beklagte begründet die fristlose Kündigung damit, dass der Kläger 1 vom 23. Dezember 2017 bis 6. Januar 2018 unautorisiert in die Ferien verreist sei. Der Geschäftsführer der Beklagten habe dem Kläger den Ferienbezug aus-

drücklich untersagt. Das Restaurant habe wegen des Fehlens des Klägers 1 vom 28. bis 31. Dezember 2017 geschlossen und die Silvesterparty mit 50 Reservierungen abgesagt werden müssen (Urk. 15 S. 3 ff.; Urk. 22 S. 2 ff.). Darüber hinaus habe das Verhalten des Klägers 1 bereits vor diesem Vorfall zu Beanstandungen Anlass gegeben. So habe sich der Kläger 1 mit einem Buffetmitarbeiter eine Schlägerei geliefert, er habe während der Arbeitszeit oft getrunken und sei immer wieder in Streitigkeiten mit dem Koch verwickelt gewesen. Ausserdem habe der Kläger 1 stets zu viele Stornos verzeichnet. Der Geschäftsführer der Beklagten habe den Kläger 1 deswegen zwei Mal mündlich verwarnt (Urk. 22 S. 5 f.).

3. Die Vorinstanz kam zum Schluss, der Beklagten als beweisbelasteter Partei sei es nicht gelungen, den Nachweis für das ausgesprochene Ferienverbot zu erbringen. Zunächst lasse sich ein solches nicht daraus ableiten, ob die Beklagte das Restaurant über die Feiertage und den Jahreswechsel habe betreiben wollen oder ob eine Silvesterparty geplant gewesen sei. Es obliege nämlich dem Arbeitgeber, für den reibungslosen Ablauf bei Personalengpässen zu sorgen. Im Gastgewerbe würden in solchen Fällen notorischerweise tages- oder stundenweise Aushilfskräfte eingesetzt werden. Selbst wenn die Beklagte das Restaurant über die Feiertage habe betreiben wollen, bedeute dies daher nicht automatisch, dass dem Kläger 1 deswegen keine Ferien bewilligt worden seien. Vielmehr habe der Kläger 1 davon ausgehen können, dass ihm seine ausstehenden Ferientage im laufenden Dienstjahr bewilligt würden (Urk. 31 S. 19 f.). Dass dem Kläger 1 der Ferienbezug über die Feiertage ausdrücklich untersagt worden sei, habe die Beklagte nicht dargetan. Sie habe diesbezüglich unterschiedliche Darstellungen abgegeben. So habe sie in der Stellungnahme zur Klage noch ausgeführt, der Kläger 1 habe am 22. Dezember 2017 gegenüber dem Geschäftsführer der Beklagten erstmals angekündigt, dass er bis zum 6. Januar 2018 in die Ferien gehen wolle, was vorgängig weder abgesprochen noch bewilligt worden sei (Urk. 15 Rz. 10). Anlässlich der Hauptverhandlung habe die Beklagte dann ausgeführt, der Geschäftsführer habe schon früher einen eigenmächtigen Eintrag des Klägers 1 ins Reservationsbuch beanstandet und ein ausdrückliches Verbot ausgesprochen (Urk. 22 S. 4). Das Vorbringen der Beklagten sei damit widersprüchlich und einem Beweisverfahren nicht zugänglich. Unabhängig davon seien bei den strittigen

mündlichen Unterredungen zwischen dem Kläger 1 und dem Geschäftsführer der Beklagten keine Zeugen anwesend gewesen. Aus diesem Grund könnten auch die Befragung des Klägers 1 und des Geschäftsführers der Beklagten keine Klarheit bringen, da Aussage gegen Aussage stehen würde. Das Reservationsbuch sei seitens der Beklagten nicht vorgelegt worden, so dass sich darin befindliche Einträge nicht verifiziert werden könnten. Auch das Kündigungsschreiben vom 28. Dezember 2017 vermöge die Darstellung der Beklagten nicht zu stützen, zumal darin ein unbewilligter Ferienbezug nicht thematisiert werde (Urk. 4/31). Dasselbe gelte für die vom Geschäftsführer ausgefüllte Arbeitgeberbescheinigung, worin als Kündigungsgrund "wirtschaftliche Gründe" angegeben würden (Urk. 4/35). Im Ergebnis könne die Beklagte damit nicht beweisen, dass am 22. Dezember 2017 dem Kläger 1 gegenüber ein ausdrückliches Ferienverbot bestanden habe. Der Kläger 1 habe daher davon ausgehen dürfen, dass er seine verbliebenen Ferientage beziehen dürfe. Dies umso mehr, als dass ihm am 22. Dezember 2017 der gesamte Lohn inkl. 13. Monatslohn ausbezahlt worden sei (Urk. 31 S. 17-19). Der wichtige Kündigungsgrund eines eigenmächtigen Ferienbezugs trotz Verbot liege daher nicht vor. Das behauptete frühere Verhalten des Klägers 1 (Schlägerei mit einem Mitarbeiter, Stornos, Alkoholkonsum am Arbeitsplatz) könne nicht nachträglich zur Begründung der fristlosen Kündigung herangezogen werden. Abgesehen davon habe die Beklagte die Vorfälle in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht sehr vage geschildert und weder hierzu noch zu den behaupteten mündlichen Abmahnungen Beweisofferten unterbreitet. Einzig bezüglich der behaupteten Stornos würden Unterlagen im Recht liegen, welche aber bestritten und nicht aussagekräftig seien (Urk. 31 S. 21). Gesamthaft fehle es damit an einem wichtigen Grund für eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

4. Die Beklagte wiederholt im Berufungsverfahren, sie habe ihren Betrieb seit jeher lediglich über die Weihnachtstage geschlossen, was dem Kläger 1 als einem langjährigen Mitarbeiter bekannt gewesen sei. Es habe zudem jedes Jahr eine Silvesterparty stattgefunden. Betriebsferien seien mithin ganz sicher nicht angekündigt gewesen. Die Beklagte hätte dem Kläger 1 nur schon aufgrund der vorgesehenen Silvesterparty nie Ferien bewilligt. Dies insbesondere, weil die Belegschaft wegen der ausnahmsweise bewilligten Ferien eines weiteren Service-

Mitarbeiters bereits reduziert gewesen sei. Hierbei handle es sich entgegen der Vorinstanz um rechtserhebliche Tatsachen, zu welchen ein Beweisverfahren hätte durchgeführt werden müssen. Die Vorinstanz lasse sämtliche diesbezüglichen Beweismittel der Beklagten ausser Acht. Es sei unverständlich, dass die Vorinstanz den Schilderungen des Klägers 1 folge, welcher keinerlei Beweismittel für seine Darstellung präsentiert habe, obwohl insgesamt vier Personen (Geschäftsführer der Beklagten plus drei Mitarbeiter) bestätigen würden, dass keine Betriebsferien angekündigt worden seien und eine Silvesterparty geplant gewesen sei (Urk. 30 S. 8 f.). Fehl gehe auch die vorinstanzliche Argumentation, wonach die Beklagte dem Kläger 1 die Ferien wegen seines Ferienguthabens im laufenden Jahr hätte bewilligen und gegebenenfalls einen Ersatz für ihn suchen müssen. Der Kläger 1 habe selber geltend gemacht, er habe bis 31. Dezember 2017 bereits 39 seiner ihm zustehenden 40.88 Ferientage bezogen. Es sei schlicht willkürlich davon auszugehen, dass der Kläger 1 wegen diesem einen verbleibenden Ferientag im Jahr 2017 mit einer Ferienbewilligung habe rechnen dürfen (Urk. 30 S. 7).

Der Beklagten ist zu widersprechen. Fest steht, dass dem Kläger 1 pro Jahr 35 Kalendertage Ferien zustanden (Urk. 4/16 i.V.m. Art. 17 Abs. 1 L-GAV). Der Kläger 1 hat vor Vorinstanz geltend gemacht, er habe vom 1. November 2016 bis am 7. Januar 2018 - und damit unter Einrechnung seiner Streitgegenstand bildenden zweiwöchigen Ferienabwesenheit über die Feiertage 2017 - 39 Ferientage bezogen (Urk. 1 S. 8). Ohne diesen Ferienbezug standen dem Kläger 1 per 23. Dezember 2017 für das laufende Dienstjahr noch 9 Ferientage zur Verfügung. Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass es der Beklagten als Arbeitgeberin obliegt, ihren Arbeitnehmern im laufenden Dienstjahr ihre Erholung durch Ferien zu gewähren und der Kläger 1 - vorbehältlich eines ausdrücklichen Ferienverbotes - davon ausgehen konnte, seine ihm zustehenden Ferientage im laufenden Jahr beziehen zu können. Hieran vermag der blosse Umstand eines geplanten Betriebes des Restaurants über den Jahreswechsel inkl. Silvesterparty nichts zu ändern. Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, können allfällige Personalengpässe mit Aushilfen überbrückt werden. Solche werden gerade im Gastgewerbe regelmässig eingesetzt und sind ohne Weiteres auch kurzfristig verfügbar.

Der Umstand, dass einem anderen Service-Mitarbeiter über den Jahreswechsel Ferien bewilligt worden sind, zeigt, dass der Restaurantbetrieb inkl. Silvesterparty eben gerade kein generelles Ferienverbot für die Belegschaft bedeutete. Damit kann aus dem Umstand, dass die Beklagte das Restaurant betreiben und eine Silvesterparty veranstalten wollte, - selbst wenn der Beklagten der diesbezügliche Nachweis gelingen würde - kein Ferienverbot für den Kläger 1 abgeleitet werden. Bei den diesbezüglichen Behauptungen der Beklagten handelt es sich daher um nicht rechtserhebliche Tatsachen, über welche kein Beweisverfahren durchzuführen war. Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass die Beklagte vielmehr nachzuweisen hat, dass dem Kläger 1 gegenüber *ausdrücklich* ein Ferienverbot ausgesprochen wurde. Diesen Nachweis vermag die Beklagte nicht zu erbringen. Zum einen sind bereits die diesbezüglichen Behauptungen der Beklagten widersprüchlich. So führt sie in der Klageantwort an, der Kläger habe dem Geschäftsführer der Beklagten am 22. Dezember 2017 erstmals angekündigt, am nächsten Tag in die Ferien verreisen zu wollen, was vorgängig weder besprochen noch bewilligt worden sei (Urk. 15 S. 3 f.). Im Rahmen der Replik brachte die Beklagte dann vor, der Kläger habe seine Ferien eigenmächtig im Reservationsbuch eingetragen, was vom Geschäftsführer der Beklagten zufälligerweise bemerkt worden sei, worauf der Ferienbezug untersagt worden sei (Urk. 22 S. 4). Die Beklagte präsentiert damit zwei unterschiedliche Darstellungen zum ausgesprochenen Ferienverbot. Beweismittel offerierte sie zu keiner der beiden Varianten (Urk. 15 S. 4; Urk. 22 S. 4). Die Vorinstanz ist damit zu Recht zum Schluss gelangt, dass der Beklagten der Nachweis, dass sie dem Kläger 1 den Ferienbezug vom 23. Dezember 2017 bis 6. Januar 2018 untersagt habe, nicht gelungen sei. Damit bleibt es dabei, dass der Kläger 1 davon ausgehen durfte, seine ihm zustehenden Ferientage im laufenden Jahr beziehen zu dürfen. Der von der Beklagten ins Feld geführte wichtige Kündigungsgrund des eigenmächtigen Ferienbezugs trotz Verbot liegt damit nicht vor. Bei dieser Ausgangslage erübrigen sich auch Ausführungen zur Frage, inwiefern die Beklagte die fristlose Kündigung unter Berufung auf den wichtigen Grund des eigenmächtigen Ferienbezugs trotz Verbot rechtzeitig ausgesprochen hat.

5. Weiter moniert die Beklagte, die Vorinstanz habe sich nicht mit ihren Vorbringen zum früheren Verhalten des Klägers 1 auseinandergesetzt und die entsprechenden Beweisofferten ausser Acht gelassen (Urk. 30 S. 10 f.).

Dem ist nicht so. Die Vorinstanz hat diesbezüglich ausgeführt, die Beklagte könne ein zeitlich zurückliegendes Verhalten des Klägers 1 nicht zur Begründung der fristlosen Kündigung heranziehen. Abgesehen davon habe die Beklagte die Vorfälle in inhaltlicher und zeitlicher Hinsicht sehr vage geschildert und weder hierzu noch zu den behaupteten mündlichen Abmahnungen Beweisofferten unterbreitet. Einzig bezüglich der behaupteten Stornos würden Unterlagen im Recht liegen, welche aber bestritten und nicht aussagekräftig seien (Urk. 31 S. 21). Mit diesen vorinstanzlichen Ausführungen setzt sich die Beklagte in der Berufungsschrift nicht auseinander. Sie zeigt nicht auf, inwiefern das vergangene Verhalten des Klägers 1 entgegen der Vorinstanz eben doch zur Begründung einer fristlosen Kündigung herangezogen werden könne. Vielmehr bringt sie sogar vor, sie selber habe das frühere Verhalten des Klägers 1 *nicht* zur Begründung der fristlosen Kündigung herangezogen (Urk. 30 S. 11). Damit erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit der beklagtischen Kritik von vornherein. Unabhängig davon zeigt die Beklagte in der Berufung auch nicht auf, weshalb ihre Vorbringen im erstinstanzlichen Verfahren in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht entgegen der Darstellung der Vorinstanz genügend konkret gewesen seien. Sie macht einzig geltend, die als Beweismittel offerierte Befragung des Geschäftsführers der Beklagten hätte allfällige Unklarheiten beseitigen können (vgl. Urk. 30 S. 11). Hierzu ist anzumerken, dass ein Beweisverfahren nur dann durchzuführen ist, wenn substantiierte Behauptungen vorliegen, welche zu beweisen sind, und nicht dazu da ist, solche zu ersetzen. Hieran vermag der geltende eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz nichts zu ändern. Dieser entbindet die Parteien nämlich nicht davon, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreits substantiiert vorzutragen. Dies gilt umso mehr, als dass die Beklagte anwaltlich vertreten war.

6. Schliesslich hält die Beklagte in der Berufung an ihrer Verrechnungsforderung fest. Sie hatte diesbezüglich vor Vorinstanz geltend gemacht, aufgrund des unbewilligten Ferienbezugs des Klägers 1 habe die Beklagte ihren Betrieb kurz-

fristig vom 27. bis 31. Dezember 2017 schliessen müssen. Durch diese Schliessung, insbesondere aber durch den Verlust der Silvesterparty, sei der Beklagten ein Umsatz von mindestens Fr. 33'844.– verloren gegangen. Dieser Betrag ergebe sich aus dem durchschnittlichen Tagesumsatz von Fr. 6'153.45, welcher an fünf Tagen nicht habe erzielt werden können. Am Silvesterabend werde in der Regel das 1.5-fache bis das Doppelte im Vergleich zu normalen Tagen konsumiert. Deshalb sei an diesem Tag von einer zusätzlichen Umsatzeinbusse von Fr. 3'076.75 (Fr. 6'153.45 / 2) auszugehen (Urk. 22 S. 10 f.).

Die Vorinstanz hielt fest, der Verrechnungsforderung sei von vornherein der Boden entzogen, weil kein unbewilligter Ferienbezug des Klägers 1 vorliege. Unabhängig davon sei unklar, weshalb die Beklagte den entgangenen Gewinn auf 90% der Umsatzeinbusse beziffere. Der von ihr als einziges Beweismittel vorgelegte Monatsbericht Dezember 2017 vermöge den behaupteten Schaden jedenfalls nicht nachzuweisen, da dem Dokument nichts bezüglich einer Gewinneinbusse zu entnehmen sei. Darüber hinaus würden keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Lohn des Klägers 1 sein Existenzminimum überschritten habe, womit eine Verrechnung nur im Falle einer Schädigungsabsicht möglich sei. Allein aus einer Absenz des Arbeitnehmers könne aber nicht auf eine Schädigungsabsicht geschlossen werden (Urk. 31 S. 32 f.).

Die Beklagte bringt im Berufungsverfahren vor, es werde daran festgehalten, dass ihr ein Umsatz von Fr. 33'844.– entgangen sei. Dies sei auch ausreichend belegt worden. Selbst wenn die Gewinneinbusse tiefer angesetzt werden müsse, übersteige sie eine allfällige Forderung aus angeblich ungerechtfertigter Kündigung, da Löhne und Mieten auch ohne Silvesterparty zu zahlen seien (Urk. 30 S. 13). Damit setzt sie sich in keiner Weise mit der Begründung der Vorinstanz auseinander. Sie macht nicht die Erwägungen der Vorinstanz zum Ausgangspunkt ihrer Kritik und zeigt nicht auf, inwiefern die Erwägungen bezüglich der Bezifferung des entgangenen Gewinns, des Monatsberichts als untauglichem Beweismittel und der vorausgesetzten, aber fehlenden Schädigungsabsicht des Klägers 1 fehlerhaft sein sollen. Unabhängig davon ist auch im Berufungsverfahren nicht von einem unbewilligten Ferienbezug auszugehen, womit der Verrechnungsforderung - wie

von der Vorinstanz zutreffend festgehalten - ohnehin von vornherein der Boden entzogen ist.

7. Weitere Einwendungen gegen den vorinstanzlichen Entscheid bringt die Beklagte nicht vor. Es ist daher festzuhalten, dass die Berufung mit Blick auf die gemachten Erwägungen abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen ist.

D. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens zu befinden.

2. Der vorliegende Streitwert übersteigt den Betrag von Fr. 30'000.– nicht. Das Berufungsverfahren ist daher kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO).

3. In Ermangelung eines entsprechenden Antrages ist den Klägern 1 und 2 für das Berufungsverfahren keine Umtriebsentschädigung zuzusprechen. Der Beklagten ist als unterliegende Partei keine Prozessentschädigung zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 des Urteils des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich, 1. Abteilung, vom 7. Januar 2019, in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Dispositiv-Ziffern 1 und 4 des Urteils des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich, 1. Abteilung, vom 7. Januar 2019 werden bestätigt.

2. Das erst- und zweitinstanzliche Verfahren ist kostenlos.
3. Für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden keine Umtriebs- bzw. Parteientschädigungen zugesprochen.
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 vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 16'609.90.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 18. Juli 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. D. Scherrer

lic. iur. L. Stünzi

versandt am:
sf