

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LB090108-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. M. Schaffitz, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. G. Pfister, Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Ferreño

Beschluss vom 26. Juli 2011

in Sachen

A._____,

Kläger und Appellant

vertreten durch Rechtsanwalt X._____

gegen

B._____ GmbH in Liquidation,

Beklagte und Appellatin

betreffend **Forderung (Arbeitsrecht)**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 19. August 2009
(CG080045)**

Rechtsbegehren:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger unverzüglich die Löhne für die Monate September, Oktober und November 2008 (Bruttolohn: Fr. 5000.00; Nettolohn: Fr. 4136.65) zuzüglich 5% Verzugszinsen seit 24.09.2008, abzüglich bereits erhaltener Zahlungen der Beklagten und abzüglich anderweitigen Verdienstes zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger gestützt auf Art. 337c Abs. 3 OR eine Entschädigung von drei Monatslöhnen zu bezahlen.
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger eine Arbeitsbestätigung und ein Vollzeugnis auszustellen.
4. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger einen Lohnausweis für das Jahr 2008 auszustellen.
5. Die Beklagte sei zu verpflichten, Rechenschaft abzulegen über die für den Kläger bisher einbezahlten Sozialversicherungsbeiträge.
6. Alles unter Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 19. August 2009:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 2'509.85 brutto (Restlohn September 2008) nebst Zins zu 5 % seit 24. September 2008 zu bezahlen.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Arbeitsbestätigung und ein Vollzeugnis auszustellen.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger einen Lohnausweis für das Jahr 2008 auszustellen.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, Rechenschaft abzulegen über die für den Kläger bisher einbezahlten Sozialversicherungsbeiträge.
5. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'830.00 ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 100.00 Zeugenentschädigung

Fr. 3'930.00 Total

7. Die Kosten des Verfahrens werden dem Kläger zu 3/4 auferlegt. Im Mehrbetrag werden die Kosten auf die Gerichtskasse genommen.

8. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'121.– zuzüglich 7,6 % (MwSt) auf Fr. 871.– zu bezahlen.

Berufungsanträge:

Des Klägers und Appellanten (Urk. 72 S. 12):

Es seien die Kosten des erst- und des zweitinstanzlichen Verfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen, und es sei dem Kläger eine Prozessentschädigung zulasten der Gerichtskasse zuzusprechen (zuzüglich Kosten und 7.6% Mehrwertsteuern).

Der Beklagten und Appellatin:

Keine Berufungsantwort eingeholt.

Erwägungen:

I.

1. Der Kläger und Appellant (fortan Kläger) trat am 1. April 2007 als Landschaftsgärtner in die Dienste der Beklagten ein (Urk. 4/3 = Urk. 14/2). Am 24. September 2008 kündigte die Beklagte dieses Arbeitsverhältnis fristlos mit der Begründung, der Kläger habe Dieselöl der Firma gestohlen. Nachdem der Kläger der fristlosen Kündigung widersprochen hatte und der Beklagten am 25. September 2008 seine Arbeit angeboten hatte, was von dieser jedoch abgelehnt worden

war (vgl. Urk. 4/6, Urk. 14/1, Prot. I S. 7 und 13 f.), machte er am 30. Oktober 2008 die vorliegende Klage mit den eingangs aufgeführten Rechtsbegehren bei der Vorinstanz rechtshängig (Urk. 2, Prot. I S. 4). In der Folge fand am 7. Januar 2009 die Hauptverhandlung statt (Prot. I S. 3 ff.). Am 17. Februar 2009 erging direkt ein Beweisabnahmebeschluss (Urk. 15, Prot. I S. 18 f.) und am 14. Mai 2009 wurde die Beweis- und Schlussverhandlung durchgeführt (Prot. I S. 25 ff.). Am 19. August 2009 fällte die Vorinstanz das eingangs wiedergegebene Urteil, das zuerst unbegründet (Urk. 40) und später auf Verlangen beider Parteien (Urk. 42, Urk. 43) in begründeter Form zugestellt wurde (Urk. 49 = Urk. 52).

2. Gegen dieses Urteil erhob der Kläger mit Eingabe vom 12. November 2009 rechtzeitig Berufung (Urk. 53), worauf ihm mit Verfügung vom 9. Dezember 2009 Frist angesetzt wurde, um die Berufungsanträge zu stellen und zu begründen (Urk. 56). Am 23. November 2009 teilte Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ mit, dass er die Beklagte per sofort nicht mehr vertrete (Urk. 55). Am 29. Januar 2010 beantragte der Kläger gestützt auf Art. 207 SchKG die Sistierung des Verfahrens bis Ende Juni 2010, was er damit begründete, dass über die Beklagte am 21. Oktober 2009 der Konkurs eröffnet worden sei und sich der Sachverhalt als komplex erweise (Urk. 61 S. 1 und 3). Die Beklagte liess die ihr hierauf am 4. Februar 2010 angesetzte Frist zur Stellungnahme (vgl. Urk. 63) ungenützt verstreichen, doch zeigte sich, dass sie zwischenzeitlich – am 8. Februar 2010 – aus dem Handelsregister gelöscht wurde, nachdem das Konkursverfahren am 27. Oktober 2009 mangels Aktiven eingestellt und kein begründeter Einspruch gegen die Löschung erhoben worden war (Urk. 64). In seiner Stellungnahme vom 6. April 2010 zu dieser neuen Sachlage beschränkte der Kläger sein Rechtsmittel auf die Frage der Kostenaufgabe und beantragte, es sei ihm deshalb anstelle der – einstweilen abgenommenen (Urk. 63) – Frist für die Berufungsbegründung Frist für die Begründung eines Rekurses gestützt auf § 271 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO/ZH anzusetzen (Urk. 67 S. 2). Mit Beschluss vom 15. April 2010 wies die erkennende Kammer das klägerische Sistierungsgesuch ab und setzte dem Kläger erneut Frist zur Begründung der Berufung an (Urk. 68 S. 3), welche nach dreimal erstreckter Frist (Urk. 69-71) am 29. Juni 2010 hier einging (Urk. 72).

Mit der Beschränkung der Berufung auf die Dispositiv-Ziffern 6 und 7 ist das vorinstanzliche Urteil in den übrigen Punkten in Teilrechtskraft erwachsen. Das ist vorweg festzustellen.

3. Das Verfahren ist spruchreif. Auf die einzelnen Ausführungen und Behauptungen des Klägers wird nachfolgend nur insoweit eingetreten, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

II.

1. Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Für Rechtsmittelverfahren, die vor diesem Zeitpunkt eingeleitet wurden, ist das bisherige Recht weiterhin anwendbar (Art. 404 ZPO). Das vorliegende Berufungsverfahren untersteht daher den Verfahrensvorschriften der bisherigen kantonalzürcherischen Zivilprozessordnung sowie den Bestimmungen von Art. 343 aOR.

2. Bei der Beklagten handelte es sich um eine juristische Person, organisiert in der Form einer GmbH, über die – wie erwähnt – der Konkurs eröffnet, jedoch am 27. Oktober 2009 mangels Aktiven eingestellt worden ist. Die Konkurs-einstellung mangels Aktiven bewirkt bei juristischen Personen deren Untergang bzw. zeitigt deren Löschung im Handelsregister. Ein solcher Untergang hat grundsätzlich die Gegenstandslosigkeit des betreffenden Prozesses zur Folge (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 11a zu § 188 ZPO/ZH). Demnach wäre das vorliegende Berufungsverfahren als durch Gegenstandslosigkeit erledigt abzuschreiben und es wären die Verfahrenskosten dem Kläger aufzuerlegen (vgl. ZR 103 Nr. 51 und ZR 75 Nr. 89). Allerdings hat der Kläger mit seinem Antrag, es seien die gesamten Verfahrenskosten auf die Gerichtskasse zu nehmen (Urk. 72 S. 12), die Berufung während des bereits laufenden Verfahrens und vor dem Hintergrund des Konkurses der Beklagten auf die Kostenaufgabe beschränkt, mithin auf die Frage, ob die vorinstanzlichen Kosten in Abweichung vom Grundsatz der Kostenlosigkeit

des Verfahrens (vgl. Art. 343 Abs. 2 und 3 aOR) teilweise dem Kläger auferlegt werden dürfen. Somit ist über das Schicksal der übrigen Teile des vorinstanzlichen Urteils im vorliegenden Verfahren nicht zu befinden. Eine Kostenaufgabe an die Beklagte stand nie zur Diskussion, weder vor Vorinstanz noch im Berufungsverfahren. Mit anderen Worten ist die Beklagte vom verbleibenden Berufungsantrag nicht betroffen, denn dieser bezieht sich gewissermassen auf das Verhältnis Kläger-Staat. Damit bleibt der Untergang der Beklagten auf den Bestand des vorliegenden Berufungsverfahrens ohne Einfluss. Unter den gegebenen Umständen war daher keine Berufungsantwort einzuholen, weil dem Kläger keine prozessfähige Person mehr gegenübersteht und nach seinen eigenen Angaben nicht mit einer Wiedereintragung der Beklagten im Handelsregister bzw. dem Wiederaufleben ihrer Rechtspersönlichkeit zu rechnen ist (Urk. 61 S. 3, Urk. 67 S. 1; Eckert in BSK OR II, 3. Aufl., Basel 2008, Art. 938 N 12-14).

3. Wie eingangs angeführt, beantragt der Kläger, die Berufung sei in Anwendung von § 271 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO/ZH als Rekurs zu behandeln (Urk. 67 S. 2). Wird eine Berufung, wie vorliegend, nachträglich auf die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen beschränkt, so wäre die Rechtsmitteleingabe grundsätzlich als Rekurs zu behandeln (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 21 zu § 271 ZPO/ZH). Da nun aber Gegenstand des vorliegenden Verfahrens eine arbeitsrechtliche Streitigkeit mit einem Streitwert unter Fr. 30'000.– bildet, untersteht die Streitigkeit dem einfachen und raschen Verfahren (§ 53 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO/ZH; Art. 343 Abs. 2 aOR). Entsprechend ist das Berufungsverfahren – unabhängig davon, dass heute nur noch über die vorinstanzliche Kostenaufgabe zu entscheiden ist – nach den Bestimmungen über den Rekurs durchzuführen. Die Erledigung erfolgt durch Beschluss (§ 259 Abs. 2 ZPO/ZH). Der prozessuale Antrag des Klägers ist damit obsolet.

III.

1. Im vorliegenden Berufungsverfahren ist, wie erwähnt, nur noch strittig, ob der Kläger in Abweichung vom Grundsatz der Kostenlosigkeit des Verfahrens (vgl. Art. 343 Abs. 2 und 3 aOR) die vorinstanzlichen Kosten zu tragen hat.

1.1. Die Vorinstanz sah es nach Würdigung der Zeugenaussagen von C._____ und D._____ – beides ehemalige Mitarbeiter der Beklagten – als erwiesen an, dass der Kläger von der Beklagten wiederholt Diesel zu privaten Zwecken entwendet habe. Bezüglich der entwendeten Menge sei erwiesen, dass der Kläger mindestens 20 Liter Diesel in sein Auto getankt habe. Es sei aber offenkundig, dass er grössere Mengen Diesel entwendet habe, allerdings lasse sich die exakte Menge allein gestützt auf die Zeugenaussagen nicht nachweisen (Urk. 52 S. 9). Sodann kam die Vorinstanz zum Schluss, durch den wiederholten Dieseldiebstahl habe der Kläger eine strafbare Handlung begangen und damit seine Treuepflicht schwerwiegend verletzt. Die wiederholte Begehung einer strafbaren Handlung stellt einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR dar und berechtigt zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses (a.a.O. S. 10). In der Folge wich die Vorinstanz vom Grundsatz gemäss Art. 343 Abs. 2 OR ab, wonach arbeitsrechtliche Verfahren bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– kostenlos sind, und auferlegte dem Kläger die Verfahrenskosten – entsprechend dem teilweisen Obsiegen der Beklagten – im Umfang von drei Vierteln. Dies begründete sie damit, dass der Standpunkt des Klägers bezüglich der fristlosen Kündigung von Anfang an aussichtslos gewesen sei. Er habe wider besseres Wissen behauptet, zu keiner Zeit zum Nachteil der Beklagten Diesel zu privaten Zwecken entwendet zu haben. Er habe dadurch jegliche Einsicht in die Aussichtslosigkeit seines Standpunkts vermissen lassen und offensichtlich bei den Mitarbeitern bekannte Tatsachen in einem anderen Licht darzustellen versucht (a.a.O. S. 13 f.).

1.2. Demgegenüber stellt sich der Kläger in der Berufungsbegründung auf den Standpunkt, die Begründung der Vorinstanz sei ungenügend. Als Beweismittel für den Dieseldiebstahl des Klägers habe die Beklagte die Aussage von zwei

Zeugen angeboten. Gestützt auf diese Zeugenaussagen sei die Vorinstanz zu ihrem Entscheid und auch zur Kostenaufgabe an den Kläger gekommen. Die Kostenaufgabe werde also sinngemäss mit dem Ergebnis des Beweisverfahrens begründet. Somit seien die Zeugenaussagen und deren Würdigung durch die Vorinstanz zu prüfen (Urk. 72 S. 3 f.). Die Vorinstanz hätte nun aber bei auch nur annähernd korrekter Würdigung an den Aussagen der Zeugen zweifeln müssen. Bei richtiger Beweiswürdigung scheitere der Beweis für die fristlose Entlassung, weshalb dem Kläger die Verfahrenskosten nicht auferlegt werden könnten (a.a.O. S. 9, 11 und 12).

Zusammengefasst rügt der Kläger somit eine mangelhafte Beweiswürdigung durch die Vorinstanz.

2. In arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– dürfen den Parteien grundsätzlich keine Kosten auferlegt werden. Hingegen können der fehlbaren Partei bei mutwilliger Prozessführung in Abweichung von diesem Grundsatz Gerichtskosten ganz oder teilweise auferlegt werden (Art. 343 Abs. 2 und 3 aOR). Mutwilligkeit setzt als objektiv feststellbare Tatsache Aussichtslosigkeit des Prozesses voraus. Bloss objektiv gegebene Aussichtslosigkeit genügt aber nicht; es muss noch ein subjektives Element hinzukommen, etwa eine Prozessführung wider besseres Wissen oder zumindest wider die vom Betreffenden nach Lage der Dinge zu erwartende Einsicht in die Aussichtslosigkeit. Mithin muss der betroffenen Partei die Aussichtslosigkeit bewusst sein. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn Lohn für eine Zeitspanne verlangt wird, während der Arbeitnehmer unentschuldigt nicht zur Arbeit erschienen ist, oder wenn eine Ferienentschädigung eingeklagt wird, obwohl die Ferien effektiv bei vollem Lohn bezogen wurden (ZK-Staehelin, N 28 zu Art. 343 OR; BK-Rehbinder, N 20 zu Art. 343 OR; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, N 11 zu Art. 343 OR; ZR 2002 [101] Nr. 78, ZR 1972 [71] Nr. 75).

Ausgehend von diesen Erwägungen ist zunächst zu prüfen, ob dem Kläger, der den Diebstahl von Dieseltreibstoff bestreitet (Prot. I S. 14 f.), gestützt auf die

vorhandenen Beweismittel ein deliktisches Verhalten überhaupt rechtsgenügend nachgewiesen werden kann. Überdies müsste es sich um ein derart gravierendes Delikt gehandelt haben, dass der Arbeitgeber darauf vernünftigerweise nur mit einer fristlosen Kündigung (und nicht etwa bloss einer Verwarnung oder einer ordentlichen Kündigung) reagieren konnte. Lediglich unter diesen Umständen wäre von einem von Beginn weg aussichtslosen Begehren des Klägers (Lohn für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist) und damit von mutwilliger Prozessführung auszugehen.

2.1. Wie bereits erwähnt, sah es die Vorinstanz gestützt auf die Zeugenaussagen von C._____ und D._____ als erwiesen an, dass der Kläger Diesel von der Beklagten entwendet hatte, wobei sie die Aussagen der beiden Zeugen detailliert und korrekt wiedergegeben hat (Urk. 52 S. 5-8). Darauf wie auch auf die zutreffenden Erwägungen zum Beweis (a.a.O. S. 5) kann, soweit nachstehend nicht Korrekturen, Ergänzungen bzw. Präzisierungen angebracht sind, verwiesen werden (§ 161 GVG/ZH).

2.1.1. Was die Glaubwürdigkeit der Zeugen betrifft, bemängelte der Kläger, die entsprechenden Ausführungen der Vorinstanz seien rudimentär ausgefallen. Nach Meinung der Vorinstanz lägen keine objektiven Anhaltspunkte vor, die zu Zweifeln an der Glaubhaftigkeit Anlass geben, und beide Zeugen hätten kein Interesse am Ausgang des Verfahrens. Es sei aber nicht geprüft worden, ob der Zeuge C._____ im Zeitpunkt der polizeilichen Einvernahme noch in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Beklagten gestanden sei bzw. ob der Zeuge D._____ im Zeitpunkt seiner Aussagen womöglich gehofft habe, dass er seine Stelle behalten könne oder dass eine allfällig ausgesprochene Kündigung rückgängig gemacht werde. Schliesslich monierte der Kläger, es sei ungewiss, ob die Zeugen ein Interesse am Ausgang des Verfahrens gehabt hätten, und Ungewissheit könne aber kein Argument sein, den Kläger zu kriminalisieren (Urk. 72 S. 7 und 10 f., vgl. auch Urk. 67 S. 2).

a) Entgegen der Ansicht des Klägers trifft es nicht zu, dass die Erwägungen der Vorinstanz zur Glaubwürdigkeit von C._____ und D._____ rudimentär

ausgefallen sind. Die Vorinstanz begründete ihren Standpunkt, weshalb die Zeugen kein Interesse am Ausgang des Verfahrens hätten. Sie führte unter Hinweis auf die Aussagen der Zeugen aus, dass beide zwar früher bei der Beklagten angestellt gewesen seien, diese inzwischen jedoch verlassen hätten. Sie hätten zu keiner Seite Kontakt und seien damit von keiner Partei abhängig (Urk. 52 S. 9). Dies trifft zu. Beide Zeugen arbeiteten am 14. Mai 2009, dem Zeitpunkt ihrer Zeugenaussage, nicht mehr für die Beklagte (Prot. I S. 27 und 41), hatten nach eigenen Angaben keinen Kontakt mehr zu deren Geschäftsführer oder zum Kläger und erklärten, dass aus dem Arbeitsverhältnis keine offenen Ansprüche mehr gebe. Weiter gab der Zeuge C._____ an, dass sein Verhältnis zum Kläger neutral sei (vgl. Prot. I S. 26-28 und 40-42). Somit ist nicht zu sehen, warum C._____ oder D._____ am 14. Mai 2009 im Sinne der einen oder anderen Partei hätten aussagen sollen. Insbesondere ist die Tatsache, dass die Zeugen zum Zeitpunkt ihrer polizeilichen Einvernahmen am 7. Oktober 2008 bzw. am 21. Januar 2009 noch für die Beklagte arbeiteten (vgl. Prot. I S. 27 und 41) und damit in einem Abhängigkeitsverhältnis zu dieser standen, für sich genommen kein Beleg, dass sie im Sinne der Beklagten bzw. ihres Geschäftsführers E._____ ausgesagt haben, wie der Kläger anzunehmen scheint (vgl. Urk. 67 S. 2, Urk. 72 S. 7 und 10). Für eine solche Annahme müsste es weitere Anhaltspunkte geben. Solche sind aber nicht auszumachen. So kann, wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, namentlich aus dem Umstand, dass der Zeuge D._____ bei der Polizei im Januar 2009 unaufgefordert ausgesagt hatte, der Kläger habe ihn gebeten, nicht gegen ihn auszusagen (vgl. Urk. 28, Faxseite 31 f.) nicht geschlossen werden, dass der Zeuge zu einer Falschaussage aufgefordert worden ist. Entgegen der Ansicht des Klägers entsteht dadurch nicht der Eindruck, dass D._____ auf Weisung bestimmte Vorfälle habe berichten und ungefragt ergänzen müssen. Dies ist eine bloße Mutmassung. Dasselbe gilt auch für die weiteren Ausführungen des Klägers zur Glaubwürdigkeit der Zeugen, etwa dass der Zeuge C._____ in ein Strafverfahren verwickelt gewesen und womöglich auf eine bestimmte Aussage oder ein Schweigen des Geschäftsführers der Beklagten angewiesen gewesen sei (Urk. 72 S. 7 f.) oder dass der Geschäftsführer der Beklagten Veranlassung gehabt habe, Zeugen "zu bearbeiten" (a.a.O. S. 10). Dies sind ebenfalls bloße

Vermutungen bzw. unsubstantiierte Behauptungen, auf die nicht näher einzugehen ist.

b) Somit ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz kein Interesse der Zeugen am Ausgang des Verfahrens auszumachen. Anzuführen ist, dass der Glaubwürdigkeit nach neueren Erkenntnissen ohnehin kaum mehr Bedeutung zugemessen wird (Bender/Nack, Tatsachenfeststellungen vor Gericht, Band I, Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, 3. Aufl., München 2007, S. 69 ff.). Weitaus bedeutender für die Wahrheitsfindung als die allgemeine Glaubwürdigkeit ist somit die Glaubhaftigkeit der konkreten Aussagen.

2.1.2. Mit Bezug auf die Glaubhaftigkeit der Aussagen der beiden Zeugen ist Folgendes zu bemerken:

a) D._____ sagte bei der Polizei zusammengefasst aus, er habe gesehen, wie der Kläger auf einer Baustelle namens "F._____" via eine abgeschnittene PET-Flasche Diesel aus einem 20-Liter-Kanister, der der Beklagten gehört habe, in sein Privatauto gefüllt habe (Urk. 28, Faxseite 29 f.). Dies sei das einzige Mal gewesen, dass er gesehen habe, wie der Kläger Diesel von der Firma in seinen eigenen Wagen gefüllt habe, doch habe dieser die ganze Zeit erzählt, dass er Diesel von der Firma in den eigenen Wagen abfülle. Er habe gesagt, er tanke jeweils für die zweiwöchentliche Heimfahrt (nach Z._____) zwei Kanister, also 40 Liter (a.a.O. S. 30). Einmal hätten sich der Kläger und ein Arbeitskollege namens G._____ darüber gestritten, wer mehr Diesel in seinen Wagen abgefüllt habe. G._____ habe gesagt, dass der Kläger einen ganzen Tank voll – also ca. 1000 Liter – geklaut habe, während er (G._____) selber nur ein paar Kanister abgefüllt habe (a.a.O. S. 31).

In der vorinstanzlichen Zeugeneinvernahme blieb D._____ bei diesen Aussagen und bejahte die Frage, ob er selbst habe beobachten können, wie der Kläger Diesel gestohlen habe. Er gab an, er habe gesehen, wie der Kläger auf der Baustelle "F._____" einen Kanister in sein Auto gekippt habe. Weiter führte er aus, der Kläger habe ihm und anderen Mitarbeitern kurz zuvor in ernstem Ton ge-

sagt, dass er das jedes Mal mache, wenn er nach Z. _____ fahre. Das sei jedes zweite Wochenende der Fall gewesen (Prot. I S. 43). Ebenso bestätigte er, er habe aus den Gesprächen bzw. Streitereien zwischen dem Kläger und G. _____ mitbekommen, dass regelmässig auf Kosten der Beklagten getankt worden sei (a.a.O. S. 46) und dass er nur ein einziges Mal gesehen habe, wie der Kläger seinen Privatwagen getankt habe (a.a.O. S. 47).

Zusammengefasst zeigt sich, dass D. _____ sowohl gegenüber der Polizei am 21. Januar 2009 als auch in der vorinstanzlichen Zeugeneinvernahme vom 14. Mai 2009 im Kern widerspruchsfreie und nachvollziehbare Aussagen deponierte. Daran vermögen auch die diversen Einwände des Rechtsvertreters des Klägers nichts zu ändern. Dies gilt zunächst für die etwas umständlichen Ausführungen darüber, wie viele Personen am Tag, als der Zeuge D. _____ den Dieselvorfall beobachtete, auf der Baustelle gewesen sein sollen (Urk. 72 S. 10). Hierzu ist bloss anzufügen, dass D. _____ einzig sagte, der Kläger sei mit dem Privatfahrzeug auf die Baustelle gekommen, weil er am Abend direkt, ohne Umweg über den Betrieb, nach Z. _____ habe fahren wollen (Prot. I. S. 43), nicht aber, der Kläger sei mit dem Privatauto direkt (also ohne Umweg über das Geschäft) auf die Baustelle gefahren. An anderer Stelle wird eingewendet, es sei auffallend, dass D. _____ behauptet habe, er habe gegenüber dem Geschäftsführer der Beklagten, E. _____, nichts zu den Vorfällen gesagt, E. _____ aber bei der Polizei am 26. September 2008 die Beobachtungen von D. _____ erwähnt habe, mithin mit ihm darüber gesprochen haben müsse (Urk. 72 S. 10 f.). Dem ist entgegenzuhalten, dass D. _____ nie behauptet hat, nicht mit E. _____ über die Vorfälle gesprochen zu haben. Vielmehr sagte er aus, E. _____ habe ihn zu den Vorwürfen (gegen den Kläger) befragt, doch habe er diese nicht ausdrücklich bestätigt. Allerdings habe E. _____ gemerkt, dass sie zutreffen würden. Entsprechend bejahte der Zeuge die Frage, ob er Andeutungen gemacht habe, dass die Vorwürfe stimmen könnten. Er habe E. _____ aber geantwortet, dass er im Moment nichts sagen werde (Prot. I S. 45). Somit ergibt sich, dass E. _____ aus den Reaktionen D. _____s das Notwendige schliessen und bei der Polizei vortragen konnte. Ins-

gesamt gibt es keinen Grund, an der Glaubhaftigkeit der Aussagen von D._____ zu zweifeln.

b) Anders verhält es sich mit den Aussagen von C._____. Als Zeuge bejahte er die Frage, ob er selber je beobachtet habe, wie der Kläger für seine persönlichen privaten Zwecke Diesel entwendet habe, und meinte, dass sei eigentlich während der ganzen Zeit gewesen, als er bei der Beklagten gearbeitet habe. Kurz danach bejahte er auch die Frage, ob er selber habe beobachten können, wie der Kläger die Kanister in seinen privaten Wagen abgefüllt habe. Er habe das auf der Baustelle sehen können (Prot. I S. 29). Ebenso bejahte er die Frage, ob der Kläger mit seinem Privatfahrzeug zur Baustelle gekommen und dieses dort mit dem in den Kanistern vorhandenen Diesel getankt habe (a.a.O. S. 30). Plötzlich konnte er sich aber nicht mehr genau erinnern, je gesehen zu haben, wie der Kläger Diesel abgefüllt habe. Er habe aber gesehen, wie der Kläger die Kanister abgefüllt und in seinem Auto mitgenommen habe (a.a.O. S. 32 f.). Schliesslich verneinte er ausdrücklich die Frage, ob er je konkret gesehen habe, wie der Kläger Diesel aus einem Tank des Geschäftes in seinen Wagen abgefüllt habe (a.a.O. S. 37). Sodann fällt auf, dass die vom Zeugen C._____ beschriebenen Diesalentwendungen ungefähr mit den Schilderungen übereinstimmen, die er bei der Polizei deponiert hatte, aber mit dem gewichtigen Unterschied, dass sich die polizeilichen Aussagen gerade nicht auf den Kläger, sondern entweder auf G._____ bezogen ("Einmal sah ich wie G._____ einen Wasserkanister [...] mit Diesel füllte [...]. G._____ stellte dann diesen mit Diesel gefüllten Wasserkanister in den Kofferraum seines Privatwagens", "G._____ füllte dann auf der Baustelle aus einem dort deponierten Kanister den Diesel in seinen eigenen Wagen", vgl. Urk. 28, Faxseite 25 f.) oder so ausfielen, dass nicht gesagt werden kann, wer was gemacht hat bzw. ob auch der Zeuge daran beteiligt war ("diese beiden Kanister lud *man* in ein Geschäftsauto und fuhr damit auf die jeweilige Baustelle"; "nach Feierabend fuhr *man* mit dem Privatauto auf diese Baustelle und füllte den Diesel [...] in den Tank des privaten Wagens", "Diese mit Diesel gefüllten Wasserkanister lud *man* dann nach Feierabend in den Kofferraum des privaten PWs" etc., vgl. Urk. 28, Faxseite 24). Folgt man den Aussagen, die C._____ bei der Polizei gemacht hat, so hat er einzig G._____ beim Einfüllen von ca. 50-80 Liter Diesel in dessen Privatfahrzeug beo-

bachtet (a.a.O. S. 26), nie aber den Kläger. Dies legt den Schluss nahe, dass C._____, als Zeuge befragt, die beiden verwechselt hat. Jedenfalls sind seine Angaben zu den konkreten Dieselbezügen zu wenig verlässlich, als dass zum Nachteil des Klägers darauf abgestellt werden könnte. Dies gilt umso mehr, als der Zeuge auch bezüglich der angeblichen Tatzeiten nicht einheitlich aussagte. So gab er bei der Polizei an, das sei jeweils nach Feierabend gewesen (Urk. 28, Faxseite S. 24), vor Vorinstanz sollen die Dieseldiebstähle hingegen um die Mittagszeit vorgefallen sein (Prot. I S. 32), dann war es wieder eher am Feierabend (a.a.O. S. 33), schliesslich meinte er, es seien keine bestimmten Tageszeiten gewesen (a.a.O. S. 34). Widerspruchsfrei sind hingegen die Schilderungen des Zeugen zu den Gesprächen und Streitereien zwischen dem Kläger und G._____ wegen des Dieselbezugs (vgl. Urk. 28, Faxseiten 25 f. und Prot. S. 34). Konkrete Anhaltspunkte, wie oft und wie viel einer oder beide Diesel bezogen, enthalten diese Angaben aber nicht.

c) Zusammengefasst kann somit gestützt auf die Aussagen des Zeugen D._____ als erstellt gelten, dass der Kläger in dessen Anwesenheit einmal aus einem 20-Liter-Kanister eine unbekannte Menge (maximal 20 Liter) Dieseltreibstoff der Beklagten in sein Fahrzeug gefüllt hat. Weiter ist aufgrund der glaubhaften Aussagen von D._____, der Kläger habe ihm gesagt, dass er dies jedes Mal mache, wenn er nach Z._____ fahre (Prot. I S. 43, Urk. 28, Faxseite 30) sowie der geschilderten Auseinandersetzungen zwischen dem Kläger und G._____ (Prot. I S. 46, Urk. 28, Faxseite 31), klar, dass es nicht bei diesem Vorfall geblieben ist. Wie oft dies vorkam und welche Menge insgesamt entwendet wurde, muss indessen offen bleiben. Diesbezüglich wendet der Rechtsvertreter des Klägers in einer Alternativbegründung ein, dass die anderen Vorwürfe (das heisst diejenigen, die nicht die Entwendung des Diesels aus dem vorgenannten 20-Liter-Kanister betreffen) auf Hörensagen beruhten und deshalb zum Vornherein nicht geeignet seien, eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen (Urk. 72 S. 12). Dem ist entgegenzuhalten, dass D._____ nicht ein eigentlicher Zeuge vom Hörensagen ist, der eine Beobachtung wiedergibt, die ihm von einem Augenzeugen zugetragen wurde. Vielmehr hörte er dem Täter selbst zu, der von seinen Taten berichtete bzw. wurde

unmittelbar Zeuge eines Streits, bei welchem die Täter darüber stritten, wer nun mehr Diesel getankt habe. Mit anderen Worten gab der Zeuge seine eigenen, ihm vom Täter vermittelten Wahrnehmungen weiter. Auch wenn die Aussagen des Zeugen C._____ nicht als glaubhaft angesehen werden können (lit. b), hielt die Vorinstanz gestützt auf die glaubhaften Aussagen des Zeugen D._____ zutreffend fest (lit. a), dass der Kläger zum Nachteil der Beklagten wiederholt Diesel zu privaten Zwecken entwendet habe (Urk. 2 S. 9).

2.2. Die Vorinstanz ging, wie erwähnt, davon aus, dass die fristlose Kündigung wegen der wiederholten Entwendung von Diesel zu privaten Zwecken gerechtfertigt gewesen sei. Der Kläger habe eine strafbare Handlung begangen, was einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR darstelle und zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses berechtige. Weil der Kläger wiederholt Diesel entwendet habe, habe die Beklagte zudem die fristlose Kündigung ohne vorgängige Verwarnung aussprechen dürfen (Urk. 52 S. 10).

a) Gemäss Art. 337 Abs. 1 und 2 OR kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen, wobei als wichtiger Grund namentlich jeder Umstand gilt, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet der Richter nach seinem Ermessen.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine fristlose Entlassung nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tief greifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist. Andererseits wird vorausgesetzt, dass sie tatsächlich zu einer entsprechenden Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (BGE 130 III 220 f.; BGE 129 III 382 ff. und daselbst zit. Entscheide). In Lehre und Rechtsprechung ist anerkannt, dass

Straftaten, welche der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit begeht, einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung bilden können, ohne dass es einer vorgängigen Verwarnung bedürfte. Wenn der Arbeitgeber selbst Opfer der strafbaren Handlungen ist, genügen schon recht geringfügige Taten (Streiff/von Känel, 6. Aufl., N. 5 zu Art. 337 mit Hinweis auf Judikatur [höhere Spesenabrechnung als effektive Auslagen; widerrechtliches Kassieren von Fr. 125.00, und zwar auch ohne strafrechtliche Verurteilung; Wegnahme und Eigenverbrauch von Waren geringen Wertes durch eine Kassierin etc.]).

Im vorliegenden Fall ist erstellt, dass der Kläger zum Nachteil der Beklagten wiederholt Diesel, der für den Betrieb von Baumaschinen bestimmt war, für den Eigengebrauch entwendete. Dieses Verhalten ist von der Art und der Schwere her ohne weiteres vergleichbar mit den genannten Fällen, die bislang in der Rechtsprechung als schwerwiegende Verfehlungen qualifiziert wurden, welche eine fristlose Kündigung rechtfertigten. Dass die dem Kläger zur Last gelegten Straftaten gemäss Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 6. Januar 2010 nicht als Verbrechen oder Vergehen, sondern als Übertretungen zu qualifizieren sind (Urk. 73 S. 2 f.), bleibt ohne Einfluss, denn zum einen handelte es sich um wiederholt begangene Taten. Zum anderen genügen bereits geringfügige Vermögensdelikte, um das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und -nehmer zu zerstören.

b) Somit ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass der Standpunkt des Klägers, was die fristlose Kündigung betrifft, von Anfang an aussichtslos war, indem er – wie die Würdigung der Aussagen des Zeugen D._____ klarerweise gezeigt hat – wider besseres Wissen behauptete (und weiterhin behaupten lässt), er habe nie zum Nachteil der Beklagten Diesel zu privaten Zwecken entwendet. Ein solches Verhalten lässt, wie die Vorinstanz ebenfalls richtig feststellte, jegliche Einsicht in die Aussichtslosigkeit seines Standpunktes vermessen. Damit ist die teilweise Auflage der erstinstanzlichen Kosten an den Kläger wegen mutwilliger Prozessführung nicht zu beanstanden. Dementsprechend ist die Berufung des Klägers abzuweisen.

IV.

Auch vor Berufungsinstanz ist das Beharren des Klägers auf seinem Standpunkt als aussichtslos zu bezeichnen, weshalb ihm in Anwendung von Art. 343 Abs. 3 aOR die Kosten dieses Verfahrens ebenfalls aufzuerlegen sind. Im Berufungsverfahren war einzig strittig, ob der Kläger die ihm zu $\frac{3}{4}$ auferlegte, in der Höhe jedoch unangefochtene, vorinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 3'930.– zu bezahlen hat. Demgemäss beträgt der Streitwert für das Berufungsverfahren Fr. 2'950.–. In Anwendung von § 4 Abs. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 1 und 2 aGerGebV ergibt dies eine Gerichtsgebühr von Fr. 640.–. Weil die Beklagte nicht mehr existiert, erübrigt sich das Zusprechen einer Prozessentschädigung.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass Dispositiv Ziffer 1-5 des Urteils des Bezirksgerichtes Meilen vom 19. August 2009 am 8. April 2010 rechtskräftig geworden sind.
2. Die Berufung wird abgewiesen und das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositiv-Ziffern 6 und 7) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 640.–.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.
5. Schriftliche Mitteilung an den Kläger, an das Migrationsamt des Kantons Zürich, an das Bezirksgericht Meilen sowie zur Kenntnisnahme an E._____, je gegen Empfangsschein.

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

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

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

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 2'950.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Zürich, 26. Juli 2011

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichterin Dr. M. Schaffitz

lic. iur. E. Ferreño

versandt am:

se