

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA170030-O/U

damit vereinigt Geschäfts-Nr.: LA170031-O

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

Beschluss und Urteil vom 19. Januar 2018

in Sachen

1. **A._____**,
2. **Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich**,
Kläger und Berufungskläger

1 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

gegen

B._____ AG (Region Mitte),
Beklagte und Berufungsbeklagte

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufungen gegen ein Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Uster
vom 3. April 2017 (AH160027-I)**

Rechtsbegehren:

des Klägers 1 (Urk. 2 S. 2):

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 6'646.90 netto Lohn sowie Fr. 8'124.– Entschädigung zuzüglich Zins zu 5 % seit 24. Dezember 2015, eventualiter seit 10. Juni 2016 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten.

der Klägerin 2 (Urk. 7 S. 2):

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 2'809.65 nebst Zins zu 5 % ab dem 24. Dezember 2015 zu bezahlen;
unter Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten.

der Beklagten (Urk. 13 S. 2):

Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu-
lasten des Klägers.

Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 3. April 2017:

(Urk. 27 = Urk. 30 S. 25 f.)

1. Die Klage des Klägers 1 wird abgewiesen.
2. Die Klage der Klägerin 2 wird abgewiesen.
3. Die Entscheidungsbüher fällt ausser Ansatz.
4. Die Kläger werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 750.– zu bezahlen.
5. [Schriftliche Mitteilung.]
6. [Rechtsmittel: Berufung, Frist 30 Tage.]

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers 1 (Urk. 29 S. 2):

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 3. April 2017 sei aufzuheben und die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 6'646.90 netto sowie eine Entschädigung von Fr. 8'824.– zuzüglich 5 % Zins seit 10. Juni 2016 zu bezahlen.
2. Eventualiter sei das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen – auch für das vorinstanzliche Verfahren – (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten.

der Berufungsklägerin 2 (Urk. 39/29 S. 2):

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 3. April 2017 (AH160027-I) sei aufzuheben;
2. Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin Fr. 2'809.25 netto nebst Zins zu 5 % seit 24. Dezember 2015 zu bezahlen;
3. Eventualiter sei das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. unter Kosten- und Entschädigungsfolge – auch für das vorinstanzliche Verfahren – zu Lasten der Berufungsbeklagten

der Berufungsbeklagten (Urk. 34 S. 2):

1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten des Klägers.

Erwägungen:

I.

1. Der Kläger 1 und Berufungskläger 1 (fortan: Kläger 1) war seit August 2012 bei der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan: Beklagte) angestellt (Urk. 5/3). Gemäss Lehrvertrag vom 21. Mai 2012 wurde die Ausbildung des Klägers 1 zum Fachmann für Betriebsunterhalt EFZ, Fachrichtung Hausdienst, vereinbart. Das

Lehrverhältnis sollte vom 20. August 2012 bis zum 19. August 2015 dauern (Urk. 5/3). Im April/Mai 2015 bestand der Kläger 1 die Lehrabschlussprüfung nicht. Deshalb schlossen er und die Beklagte am 3. August 2015 eine Vereinbarung über die Fortsetzung des Lehrverhältnisses ab (Urk. 5/4). Gemäss dieser Vereinbarung erklärte sich die Beklagte bereit, den Lehrvertrag mit dem Kläger 1 zu gleichbleibenden Konditionen um ein Jahr zu verlängern, sofern der Kläger 1 sich mit vollem Einsatz und vollem Interesse so vorbereite, dass er in der Lage sein würde, im April/Mai 2016 die Repetitionsprüfung zu bestehen. Weiter wurde geregelt, dass der Kläger 1 folgende Punkte zu erfüllen und zu verbessern habe: Mehr Einsatz, Engagement und Interesse zeigen (Pünktlichkeit, Zuverlässigkeit, Arbeitsqualität, Quantität); Ehrlichkeit, Aufrichtigkeit (keine Ausreden bringen, wenn etwas schief gelaufen ist); die persönliche Einstellung gegenüber der Lehre verbessern; Absenzen auf das absolute Minimum reduzieren bzw. vermeiden; Einsatz und Engagement in der Berufsschule verbessern (Urk. 5/4). Nachdem es bereits im November 2014 zu einer ersten Verwarnung gekommen war (Urk. 16/7.8 und 16/7.9), wurde der Kläger 1 am 29. Oktober 2015 (Urk. 16/10.3) zum zweiten und am 8. Dezember 2015 zum dritten Mal (Urk. 16/11.2 und Urk. 16/12 S. 4 f.) verwarnt. Thema der drei Verwarnungen waren das wiederholte zu späte Erscheinen am Arbeitsplatz, unentschuldigte Absenzen, die mangelhafte Kommunikation des Klägers 1 sowie das Nichtbefolgen von Weisungen. Nach der dritten Verwarnung vom 8. Dezember 2015 erschien der Kläger 1 ab dem 9. Dezember 2015 nicht mehr zur Arbeit (Urk. 16/12.1). Am 10. Dezember 2015 meldete er sich bei der Beklagten telefonisch krank (Urk. 19 S. 4). Am 14. Dezember 2015 meldete sich der Kläger 1 erneut per SMS bei der Beklagten und teilte mit, dass er nach wie vor krank sei (Urk. 16/12.2). Am 15. Dezember 2015 liess er der Beklagten schliesslich ein Arztzeugnis zukommen, wonach er vom 15. bis 18. Dezember 2015 zu 100 % krank geschrieben war (Urk. 16/12.2). In der Folge schlug die Beklagte dem Kläger 1 am 16. Dezember 2015 ein gemeinsames Gespräch zusammen mit dem Berufsinspektor C._____ vom Berufsbildungsamt Zürich vor und setzte dieses auf den 21. Dezember 2015 an. Der Kläger 1 wollte bis am 17. Dezember 2015 Bescheid geben, ob er den Termin wahrnehmen könne. Nachdem die Beklagte am 17. Dezember 2015 vergeblich

versucht hatte, den Kläger 1 zu erreichen und ihm eine Nachricht auf der Combox hinterliess, liess dieser gleichentags per SMS verlauten, dass er am 18. Dezember 2015 informieren werde, ob er zum Gespräch vom 21. Dezember 2015 komme (Urk. 16/12 S. 7 ff.; Urk. 16/12.2). Als der Kläger 1 der Beklagten schliesslich am 18. Dezember 2015 per SMS mitteilte, dass er den Gesprächstermin vom 21. Dezember 2015 nicht wahrnehmen werde, verwarnte diese den Kläger 1 schriftlich, dass er sich zum wiederholten Male nicht an die Weisungen bei krankheitsbedingten Abwesenheiten halte. Krankmeldungen per SMS würden nicht toleriert. Weiter forderte sie den Beklagten auf, sich umgehend mit dem Vertrauensarzt der Beklagten in Verbindung zu setzen (Urk. 16/12.3). Nachdem der Kläger 1 am 21. Dezember 2015 erneut nicht auf Kontaktversuche der Beklagten reagiert hatte (Urk. 16/12 S. 9), erfolgte am 23. Dezember 2015 die fristlose Kündigung (Urk. 16/12.4). Im Weiteren wird betreffend den unstrittigen Sachverhalt auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen (Urk. 30 S. 3 ff.; Urk. 29 S. 2; Urk. 39/29 S. 3).

2. Am 15. November 2016 reichte der Kläger 1 unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes D._____ vom 20. Juli 2016 (Urk. 1) die Klage beim Bezirksgericht Uster ein (Urk. 2). Am 14. November 2016 reichte die Klägerin und Berufungsklägerin 2 (fortan: Klägerin 2) ebenfalls Klage ein (Urk. 7). Betreffend den erstinstanzlichen Prozessverlauf kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 30 S. 2 f.). Am 3. April 2017 erliess diese den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 30 S. 25 f.). Hiergegen erhoben der Kläger 1 am 5. und die Klägerin 2 am 6. Oktober 2017 Berufung (Urk. 29 und Urk. 39/29). Die Berufung des Klägers 1 wurde hierorts unter der Verfahrensnummer LA170030-O angelegt, diejenige der Klägerin 2 unter der Verfahrensnummer LA170031-O. Da sich sowohl im vorliegenden Verfahren als auch im Verfahren LA170031-O dieselben Parteien in derselben Rechtssache gegenüberstehen bzw. beide Verfahren auf dem gleichen Lebenssachverhalt beruhen, ist das Berufungsverfahren LA170031-O mit dem vorliegenden Berufungsverfahren zu vereinigen, unter obgenannter Prozessnummer LA170030-O weiterzuführen und als dadurch erledigt abzuschreiben. Die Akten des Verfahrens LA170031-O sind entsprechend als Urk. 39/1-34 zu den Akten des vorliegenden Prozesses zu

nehmen. Die Berufungsantwort der Beklagten im Verfahren LA170030-O datiert vom 26. Oktober 2017 (Urk. 34; dem Kläger 1 mit Verfügung vom 27. Oktober 2017 zur Kenntnisnahme zugestellt, Urk. 36). Im Verfahren LA170031-O liess sich die Beklagte nicht vernehmen.

II.

Das Berufungsverfahren ist ein eigenständiges Verfahren. Es dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern vielmehr der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheides im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 311 N 36). Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien innert der Berufungs- bzw. Berufungsantwortfrist vollständig vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 mit Hinweisen). Die Berufungskläger haben mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz aufzuzeigen, wo sie die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden und wo die massgeblichen Beweisanträge gestellt haben. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor Vorinstanz vorgebracht worden ist. 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 (BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (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 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 5). Die Anforderungen an die Begründung einer Berufung gelten sinngemäss auch an die Begründung der Berufungsantwort (BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016 E. 2.2.). Vor dem Hintergrund dieser prozessualen Grundsätze ist festzuhalten, dass sowohl der Antrag des Klägers 1 als auch derjenige der Klägerin 2 auf Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz (Urk. 29 S. 2; Urk. 39/29 S. 2) unbegründet blieb, weshalb darauf nicht weiter einzugehen sein wird.

III.

1. Die Vorinstanz erwog, das Lehrverhältnis zwischen dem Kläger 1 und der Beklagten sei alles andere als konfliktfrei gewesen. In dem der fristlosen Kündigung vorangegangenen Halbjahr sei eine Fortführungsvereinbarung abgeschlossen worden, welche zu verbessernde Punkte des Klägers 1 beinhaltet habe. Ausserdem seien zwei weitere schriftliche Verwarnungen ergangen. Der Kläger 1 habe seit der Unterzeichnung der Fortführungsvereinbarung vom 3. August 2015 gewusst, welches Verhalten von ihm in Zukunft erwartet werde. Seit der Verwarnung am 8. Dezember 2015 habe er ausserdem gewusst, dass die Auflösung des Lehrverhältnisses von der Beklagten unabhängig von einer zusätzlichen Verfehlung in Erwägung gezogen werde (Urk. 30 S. 17 f.).

Unstrittig sei, so die Vorinstanz weiter, dass der Kläger 1 nach der dritten Verwarnung vom Dienstag, 8. Dezember 2015, nicht mehr zur Arbeit erschienen sei. Unstrittig sei auch, dass der Kläger 1 erst am Donnerstag, 10. Dezember 2015, seinen Vorgesetzten E._____ über seinen krankheitsbedingten Ausfall informiert habe. Damit sei der Kläger 1 am Mittwoch, 9. Dezember 2015, unentschuldigt nicht zur Arbeit erschienen und habe sich nicht bei der Beklagten ge-

meldet. Trotzdem sei er an diesem Tag offenbar in der Lage gewesen, dem Berufsinспекtor C._____ vom Mittelschul- und Berufsbildungsamt des Kantons Zürich eine sehr ausführliche Email zu senden und sich über das Verhalten der Beklagten zu beklagen. Somit sei der Kläger 1 durchaus in der Lage gewesen, seine Anliegen zu verbalisieren, und es wäre ihm entsprechend zumutbar gewesen, seine Vorgesetzten über seine Absenz zu informieren. Bereits die fehlende Abmeldung bei unvorhergesehenen Absenzen stelle einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung dar. Das Unterlassen der Abmeldung am Tag nach einer Verwarnung wegen ähnlicher Verstösse sei ohne Weiteres als schwere Verfehlung zu qualifizieren, weshalb bereits zu diesem Zeitpunkt ein wichtiger Grund vorgelegen habe, der eine fristlose Entlassung des Klägers 1 gerechtfertigt habe (Urk. 30 S. 19).

Gemäss eigener Sachdarstellung des Klägers 1 sei er seit dem 9. Dezember 2015 wegen Krankheit arbeitsunfähig gewesen. Er sei deswegen aber erst am 15. Dezember 2015 zum Arzt gegangen. Er habe seinem Vorgesetzten E._____ per SMS eine Fotografie des Arztzeugnisses geschickt, woraus hervorgegangen sei, dass er vom 15. bis 18. Dezember 2015 krank geschrieben sei. Für den Zeitraum vom 9. bis 14. Dezember 2015 fehle es an einer ärztlichen Bestätigung der Arbeitsunfähigkeit des Klägers 1. Dies obwohl die Beklagte vom Kläger 1 bereits mit Verwarnung vom 29. Oktober 2015 verstärkte Dokumentation gefordert habe (Urk. 30 S. 19 f.). Die Beklagte habe gegenüber dem Kläger 1 Geduld bewiesen, indem sie immer wieder das Gespräch gesucht habe. Sie habe verhältnismässig agiert und den Kläger 1 vor der Auflösung des Arbeitsverhältnisses mehrmals verwarnt. Umso mehr hätte sie seitens des Klägers 1 eine verlässliche Kommunikation im Sinne eines sofortigen Abmeldens unter Beibringung eines Arztzeugnisses erwarten dürfen. Die Verfehlungen des Klägers 1 würden im Lichte des ihm von der Beklagten entgegengebrachten Vertrauens besonders schwer wiegen. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die unentschuldigte Abwesenheit des Klägers 1 am 9. Dezember 2015 vor dem Hintergrund der expliziten Verwarnung am Vortag bereits das Aussprechen der fristlosen Kündigung gerechtfertigt habe. Zudem sei in der Unterlassung der sofortigen Einreichung eines Arztzeugnisses ein weiterer wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung zu

sehen. Damit brauche auf die weiteren Vorbringen der Parteien, insbesondere auf die Vorkommnisse nach dem 15. Dezember 2015 nicht mehr eingegangen zu werden (Urk. 30 S. 21).

Betreffend den Zeitpunkt der fristlosen Kündigung führte die Vorinstanz sodann aus, dass die Beklagte erst nach der SMS des Klägers 1 an E._____ vom 15. Dezember 2015 sichere und vollständige Kenntnis davon gehabt habe, dass dieser ohne Arzteugnis vier Tage der Arbeit ferngeblieben sei. F._____ von der Beklagten habe sich daraufhin in Ausübung ihrer Informationspflicht nach Art. 14 Abs. 4 BBG am 16. Dezember 2015 bei C._____ vom Berufsbildungsamt gemeldet, wobei vereinbart worden sei, ein Gespräch mit dem Kläger 1 in Anwesenheit von C._____ durchzuführen. Weil sich der Kläger 1 bezüglich Terminvereinbarung für dieses Gespräch nicht wie versprochen bei der Beklagten gemeldet habe, sei er mit Schreiben vom 18. Dezember 2015 erneut verwarnt und zur vertrauensärztlichen Begutachtung aufgeboten worden. Es könne nicht zum Nachteil der Beklagten gereichen, dass sie nicht bereits am 16. Dezember 2015 die fristlose Kündigung ausgesprochen, sondern sich einverstanden erklärt habe, unter Beizug von C._____ mit dem Kläger 1 erneut das Gespräch zu suchen. Dies erscheine nachvollziehbar, handle es sich beim Kläger 1 um einen jungen Menschen und beim aufzulösenden Vertrag um ein mehrjähriges Lehrverhältnis. Überdies sei zu berücksichtigen, dass Art. 346 Abs. 2 lit. b OR den Arbeitgeber verpflichte, die Person bei einer vorzeitigen Auflösung des Lehrvertrages vorgängig anzuhören. Vor diesem Hintergrund erscheine das Vorgehen der Beklagten als sachgemäss. Die fristlose Kündigung aufgrund der unentschuldigter Absenzen sei daher am 23. Dezember 2015 innert zulässiger Reaktionszeit erfolgt (Urk. 30 S. 22 f.).

2.1. Der Kläger 1 moniert, dass angesichts der vom Bundesgericht verlangten kurzen Reaktionszeit von 2 bis 3 Arbeitstagen feststehe, dass die Beklagte die nötige Reaktionszeit für eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses verpasst habe, wenn man – so wie die Vorinstanz dies getan habe – von einem am 9. oder 10. Dezember 2015 eingetretenen Grund für eine solche ausgehe, diese jedoch erst am 23. Dezember 2015 ausgesprochen worden sei. Die Vorinstanz gehe

zwar davon aus, dass die Beklagte erst am 15. Dezember 2015 sichere Kenntnis gehabt habe, dass der Kläger 1 ohne Arztzeugnis der Arbeit ferngeblieben sei. Die Beklagte habe aber auch am 15. Dezember 2015 nicht fristlos gekündigt, sondern habe dem Kläger 1 unterm 18. Dezember 2015 einen Brief mit dem Titel "Verwarnung und Aufgebot zum Vertrauensarzt" gesendet. Gerügt werde in diesem Schreiben zum einen, dass sich der Kläger 1 erneut nicht an die Anweisungen betreffend Verhalten im Krankheitsfall gehalten habe. Krankmeldungen per SMS würden nicht toleriert. Zum anderen sei von der Beklagten nicht ein fehlendes Arztzeugnis beanstandet worden, sondern vielmehr habe sie die eingereichten Arztzeugnisse grundsätzlich hinterfragt, weshalb sie den Kläger 1 zum Vertrauensarzt geschickt habe. Damit habe die Beklagte in Kenntnis aller von der Vorinstanz angenommenen schweren Pflichtverletzungen des Klägers 1 bis zum 18. Dezember 2015 dessen Verhalten nicht als derart gravierend betrachtet, als dass sie die angedrohte fristlose Kündigung tatsächlich hätte umsetzen wollen. Stattdessen habe sie den Weg einer erneuten Verwarnung und des Aufgebots zum Vertrauensarzt gewählt (Urk. 29 S. 4 f.). Gehe man wie die Vorinstanz davon aus, dass die Beklagte genügend Gründe gehabt hätte, am 9. oder 10. Dezember 2015 fristlos zu kündigen, dann sei die fristlose Kündigung am 23. Dezember 2015 zu spät erfolgt. Was die Vorinstanz als wichtigen Grund eingestuft habe, nämlich das Fehlen einer ärztlich bestätigten Erkrankung vom 9. bis 13. Dezember 2015, sei für die Beklagte offensichtlich nicht Anlass genug gewesen, die Fortsetzung der Anstellung als unzumutbar zu empfinden (Urk. 29 S. 5). Selbst wenn man aber davon ausgehen wolle, dass die Beklagte am 15. Dezember 2015 Grund für eine gerechtfertigte fristlose Entlassung gehabt habe, habe es keinen sachlich gerechtfertigten Grund gegeben, die Reaktionszeit für die fristlose Kündigung wegen des vorgesehenen Gesprächs mit dem Berufsbildungsamt hinauszuschieben (Urk. 29 S. 6 f.).

2.2. Die Klägerin 2 schliesst sich zur Begründung ihrer Berufung im Wesentlichen der Argumentation des Klägers 1 an. Auch sie hält fest, dass das vorinstanzliche Urteil in rechtlicher Hinsicht betreffend die zulässige Reaktionszeit für eine fristlose Kündigung gerügt werde (Urk. 39/29 S. 3). Gemäss Lehre und Rechtsprechung sei eine fristlose Kündigung umgehend zu erklären, jedenfalls sei ein

Handeln innert angemessener Frist nach dem Treffen der erforderlichen Abklärungen notwendig. Im Normalfall würden dem Kündigenden zwei bis drei Arbeitstage zugestanden (Urk. 39/29 S. 4). Die Argumentation der Vorinstanz, dass erst am 15. Dezember 2015 durch Einreichen des Arztzeugnisses der Grund für die fristlose Kündigung gesetzt worden sei, vermöge nicht zu überzeugen. Auch nach dem 15. Dezember 2015 sei das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst worden, sondern es sei mit Schreiben/Verwarnung vom 18. Dezember 2015 das Verhalten des Klägers 1 betreffend das Nicht-Einhalten von Weisungen im Krankheitsfall gerügt worden. Ausserdem sei der Kläger 1 aufgefordert worden, den Vertrauensarzt aufzusuchen. Das fehlende Arztzeugnis für den Zeitraum vom 9. bis 13. Dezember 2015 sei darin nicht erwähnt worden und sei für die Beklagte offensichtlich nicht von Bedeutung gewesen. Bei der Annahme, die Beklagte habe bereits am 9. bzw. 10. Dezember 2015 genügend Gründe für die fristlose Kündigung gehabt, sei durch das Zuwarten mit der fristlosen Kündigung bis zum 23. Dezember 2015 die geforderte Reaktionszeit offensichtlich nicht eingehalten worden. Selbst wenn davon ausgegangen werde, dass der Grund für die fristlose Entlassung erst am 15. Dezember 2015 gesetzt worden sei, ändere dies nichts daran, dass die geforderte Reaktionszeit nicht eingehalten worden sei. Die Ansetzung eines Gesprächs solle die Reaktionszeit nur unterbrechen können, solange anlässlich eines solchen Gesprächs noch Fakten geklärt werden müssten. Diese seien der Beklagten jedoch hinlänglich bekannt gewesen, habe sie doch mit dem Kläger 1 schon verschiedentlich Gespräche geführt gehabt (Urk. 39/29 S. 5).

2.3. Die Beklagte hält dem in der Berufungsantwort vom 26. Oktober 2017 entgegen, die Situation und die besonderen Umstände seien derart schwierig gewesen, dass erst aufgrund einer Auslegeordnung und der Gespräche mit dem Lehrlingsamt zwischen Freitag, 18. Dezember 2015 und Mittwoch, 23. Dezember 2015 die gesamte Faktenlage vorgelegen habe. Die Auslegeordnungen bzw. die Feststellungen zur Gesamtlage hätten zum Entscheid für die Entlassung geführt. Die gesetzlichen Fristen und Voraussetzungen für eine fristlose Entlassung seien gegeben (Urk. 34 S. 3).

3.1. Nach Art. 337 OR können der Arbeitgeber sowie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Nach der Rechtsprechung zu Art. 337 OR ist eine fristlose Entlassung nur bei besonders schwerwiegenden Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder so tief greifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (Art. 337 Abs. 3 OR; vgl. zum Ganzen BGer 4A_685/2011 vom 24. Mai 2012, E. 4 mit Hinweisen). Art. 346 Abs. 2 lit. b OR sieht vor, dass ein Lehrverhältnis aus wichtigen Gründen im Sinne von Art. 337 OR durch den Lehrbetrieb fristlos aufgelöst werden kann, wenn die lernende Person nicht über die für die Bildung unentbehrlichen körperlichen oder geistigen Anlagen verfügt oder gesundheitlich oder sittlich gefährdet ist. Die in Art. 346 Abs. 2 OR enthaltene Aufzählung an Kündigungsgründen ist nicht abschliessend (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 - 362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 346 N 3 S. 1343). Die lernende Person bzw. gegebenenfalls deren gesetzliche Vertretung sind jedoch in jedem Fall vor einer fristlosen Entlassung anzuhören (Art. 346 Abs. 2 lit. b OR). Es handelt sich dabei um ein Gültigkeitserfordernis der Kündigung in Analogie zu Art. 11 Abs. 2 OR (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 346 N 5 S. 1345).

3.2. Aus dem Wesen des wichtigen Grundes hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung abgeleitet, dass der Kündigungsberechtigte sich mit der Aussprechung der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht ungebührlich lange Zeit lassen darf. Ist ein wichtiger Grund gegeben, so ist die fristlose Kündigung sofort auszusprechen. Andernfalls ist anzunehmen, das Einhalten der ordentlichen Kündigungsfrist sei für den Kündigenden subjektiv zumutbar, und ist das Recht auf eine sofortige Vertragsauflösung verwirkt. Dabei ist nach den Umständen des

konkreten Falles zu entscheiden, innert welcher Frist dem Berechtigten billigerweise ein Entschluss darüber zuzumuten ist, ob er von seinem Recht zur fristlosen Aufhebung des Vertrags Gebrauch machen will. In der Regel wird eine Überlegungsfrist von zwei bis drei Arbeitstagen zum Nachdenken und Einholen von Rechtsauskünften als angemessen angesehen. Ein Hinauszögern über diese Zeitspanne hinaus ist jedoch zulässig, wenn es mit Rücksicht auf die praktischen Erfordernisse des Alltags- und Wirtschaftslebens als verständlich und berechtigt erscheint. Eine Verlängerung von einigen Tagen ist etwa dann zulässig, wenn bei einer juristischen Person die Entscheidungskompetenz einem mehrköpfigen Gremium zusteht und die Willensbildung daher aufwendiger ist oder wenn Arbeitnehmervertreter anzuhören sind (BGE 138 I 113 E. 6.3.2 mit Hinweisen; bestätigt in BGer 4A_251/2015 vom 6. Januar 2016, E. 3.2.2). Bei einem klaren Sachverhalt muss anders vorgegangen werden als in Fällen, in denen zuerst Abklärungen notwendig sind oder Verfehlungen erst langsam an den Tag treten. Geht es bei der Abklärung darum, zuerst das Ausmass der Verfehlung abschätzen zu können, so wird die Überlegungsfrist notwendigerweise erst an die Abklärungsfrist, in welcher die Fakten und Verantwortlichkeit geklärt werden, anschliessen. Bloss, wenn auch ernsthafte Zweifel am vertragsgemässen Verhalten der Gegenseite lösen die Überlegungsfrist nicht aus. Die Frist läuft nicht, solange der Kündigende noch keine genügend sichere Kenntnis der Umstände bzw. noch die von ihm zu verlangenden Abklärungen zu treffen hat, was allerdings beförderlich geschehen soll. Doch darf sich der Arbeitgeber die notwendige Zeit nehmen, um die Abklärungen sorgfältig tätigen zu können (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337 N 17 S. 1125 ff.).

4. Die Vorinstanz sah den wichtigen Grund für die fristlose Auflösung des Lehrverhältnisses im Wesentlichen in der unentschuldigtem Absenz des Klägers 1 vom 9. Dezember 2015 sowie der fehlenden ärztlichen Bestätigung seiner Arbeitsunfähigkeit für den Zeitraum vom 9. bis 14. Dezember 2015 (vgl. vorstehend Erw. III.1. S. 8). Dabei ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass der Kläger 1 aufgrund der nur kurz vorangegangenen Verwarnung wissen musste, dass Absenzen nicht mehr ohne Weiteres geduldet würden. Somit musste ihm auch klar sein, dass er Abwesenheiten würde belegen müssen und zwar bereits ab dem ersten

Tag einer Absenz. Trotzdem liess der Kläger 1 nach der Verwarnung vom 8. Dezember 2015 sechs Tage Zeit verstreichen, bevor er einen Arzt aufsuchte. Damit konnte – wie die Vorinstanz zu Recht feststellte – die Beklagte erst am 15. Dezember 2015 nach Erhalt des Arztzeugnisses vom Kläger 1 sichere und vollständige Kenntnis davon haben, dass er ohne Arztzeugnis vier Tage der Arbeit bzw. Berufsschule unentschuldigt ferngeblieben war (Urk. 30 S. 20). Wenn die Kläger der Beklagten nun vorwerfen, sie habe daraufhin nicht innert der gemäss Lehre und Rechtsprechung geltenden Reaktionszeit von zwei bis drei Tagen die fristlose Kündigung ausgesprochen, so verkennen sie die besondere Natur des Lehrvertrags. Ein solcher kann wie dargelegt seitens des Lehrbetriebs gemäss Art. 346 Abs. 2 lit. b OR nicht ohne vorgängige Anhörung des volljährigen Lehrlings aufgelöst werden. Die Anhörung stellt ein Gültigkeitserfordernis für die Kündigung dar (vorstehend Erw. III.3.1.). Entsprechend erachtete es die Beklagte in Absprache mit C._____ vom Berufsbildungsamt als sinnvoll, im Sinne einer allerletzten Chance am 21. Dezember 2015 mit dem Kläger 1 ein gemeinsames Gespräch zu führen. Die Kläger stellen sich auf den Standpunkt, indem die Beklagte den Kläger 1 mit Schreiben vom 18. Dezember 2015 aufgefordert habe, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen (Urk. 5/12), habe sie ihren Willen bekundet, nach wie vor am Arbeitsverhältnis festzuhalten, weshalb dessen Fortführung für die Beklagte ohne Weiteres zumutbar gewesen sei. Dies mag insoweit zutreffen, als die Beklagte auch bereit war, den Kläger 1 in Anwesenheit von C._____ am 21. Dezember 2015 noch einmal anzuhören. Die Kläger verkennen jedoch, dass der Kläger 1 der Beklagten unstrittig am 15. Dezember 2015 lediglich ein von Dr. G._____ am 15. Dezember 2015 ausgestelltes Arztzeugnis für den Zeitraum vom 15. bis 18. Dezember 2015 zukommen liess (Urk. 16/12.2; Urk. 19 S. 4). Eine über den 18. Dezember 2015 hinausgehende Krankschreibung hat frühestens am 22. Dezember 2015 stattgefunden, denn für dann war offenbar ein nächster Arzttermin bei Dr. H._____ abgemacht (vgl. Urk. 5/9). Gegenteiliges hat der Kläger 1 jedenfalls nie behauptet. Damit kann auch offenbleiben, ob das vom Kläger 1 ins Recht gereichte Arztzeugnis (Urk. 5/9) gefälscht ist (Urk. 13 S. 14; Urk. 19 S. 7; Prot. I S. 7). Zwar scheint auf den ersten Blick augenfällig, dass das vom Kläger 1 eingereichte Arztzeugnis vom

15. Dezember 2015 datiert, jedoch im Vergleich zum identischen, von der Beklagten vorgelegten Arztzeugnis darauf ein zweiter handschriftlicher Eintrag vorgenommen worden ist (Urk. 16/12.2). Dies mutet insofern seltsam an, als sich die beiden Handschriften deutlich voneinander unterscheiden und der Kläger 1 im Übrigen gemäss Terminkarte am 22. Dezember 2015 einen Arzttermin bei Dr. H._____ (Psychiatrie / Psychotherapie FMH, ... [Ortschaft]) und nicht bei Dr. G._____ (Facharzt für Allgemeinmedizin, D._____) vereinbart hatte (vgl. Urk. 5/9). Dass der Kläger zwischen dem 16. und dem 22. Dezember 2015 eine zweite Arztkonsultation bei Dr. G._____ gehabt hätte, hat er nie behauptet. Trotzdem vermag dies alles letztlich nichts am Umstand zu ändern, dass der Kläger 1 am 21. Dezember 2015, als seine Anhörung in Anwesenheit der Beklagten und von C._____ hätte stattfinden sollen, dem Gesprächstermin unentschuldigt ferngeblieben war, hatte der Beklagten zu diesem Zeitpunkt jedenfalls für den 21. Dezember 2015 keine Krankschreibung des Klägers 1 vorgelegen und war der Kläger 1 offenbar den ganzen Tag über nicht erreichbar gewesen (Urk. 5/5 S. 9). Schon davor war der Kläger 1 telefonisch nur schwer erreichbar gewesen und hatte er mit der Beklagten immer wieder per SMS korrespondiert, welche Einwegkommunikation von der Beklagten nicht toleriert wurde (vgl. Urk. 16/9.1; Urk. 5/12) und es ihr im Übrigen auch verunmöglichte, mit dem Kläger 1 ins Gespräch zu kommen und sich ein persönliches Bild über dessen Gesundheitszustand zu machen. Dabei musste dem Kläger 1 bewusst sein, dass der auf den 21. Dezember 2015 angesetzte Gesprächstermin unter Einbezug des Berufsbildungsamtes keine andere Deutung zulies, als dass die Beklagte wie schon am 8. Dezember 2015 angekündigt, endgültig die Auflösung des Arbeitsverhältnisses prüfte und sie die Verfehlungen des Klägers 1 als schwerwiegend erachtete. Dem verlieh sie auch im Schreiben vom 18. Dezember 2015 erneut Ausdruck, indem sie festhielt, dass Krankmeldungen per SMS von ihr nicht länger toleriert würden (Urk. 5/12). Auch wenn der Kläger 1, wie er selber vorbrachte, am 21. Dezember 2015 den Vertrauensarzt kontaktiert haben will, dieser jedoch erst für die Folgewoche freie Termine gehabt habe (Urk. 2 S. 5; Urk. 5/13), hätte es aufgrund der Vorkommnisse und der zahlreichen Verwarnungen ohne Weiteres am Kläger 1 gelegen, sich am 21. Dezember 2015 bei der Beklagten für das vorgesehene Ge-

sprach telefonisch abzumelden, sie über den mit dem Vertrauensarzt vereinbarten Termin ins Bild zu setzen und nach Rücksprache mit der Beklagten gegebenenfalls noch am gleichen Tag einen anderen Arzt aufzusuchen, um eine krankheitsbedingte Absenz zu belegen. Indem der Kläger sich am 21. Dezember 2015 weder bei der Beklagten meldete, noch auf deren Kontaktversuche reagierte, er mithin zum Gespräch vom 21. Dezember 2015 unentschuldigt nicht erschien, lag spätestens zu diesem Zeitpunkt ein Kündigungsgrund vor. Mit Blick auf diese jüngsten Versäumnisse und die vor der Kündigungsentscheidung durchzuführende Anhörung war das Kündigungsrecht nicht verwirkt. Die Verfehlung des Klägers 1 muss aufgrund der zahlreichen vorangegangenen Verfehlungen und Ermahnungen ohne Weiteres als schwer eingestuft werden. Dies muss umso mehr gelten, als dass der Kläger 1 die Lehrabschlussprüfung bereits einmal nicht bestanden und eine Besserung gemäss Vereinbarung vom 3. August 2015 offenbar nicht stattgefunden hatte (Urk. 5/4). Wurde eine lernende Person wiederholt verwahrt und auf ihr Verhalten aufmerksam gemacht, so kann ein Lehrverhältnis selbst mit Blick auf dessen Besonderheit infolge Disziplinlosigkeit und Desinteresse fristlos aufgelöst werden (BK OR - Rehbinder/Stöckli, Art. 346 N 6). Damit erfolgte die Kündigung am 23. Dezember 2015 nicht nur gerechtfertigt, sondern auch innert angemessener Reaktionsfrist. Indem die Beklagte dem Kläger 1 ausserdem am 21. Dezember 2015 die Gelegenheit einräumte, zu einer Anhörung in Anwesenheit von C._____ zu erscheinen, ist auch das Gültigkeitserfordernis gemäss Art. 346 Abs. 2 lit. b OR erfüllt. Im Übrigen hatte die Beklagte dem Kläger 1 bereits anlässlich der Verwarnung vom 8. Dezember 2015 mitgeteilt, sie würde die Auflösung des Lehrverhältnisses prüfen, und ihm die Gründe dafür erläutern (Urk. 5/8; Urk. 5/5 S. 4 f.). Nach dem Gesagten sind die Berufungen der Kläger 1 und 2 abzuweisen und es ist der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen.

IV.

1. Da der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen ist und im Übrigen von den Parteien keine begründeten Einwände gegen das vorinstanzliche Kosten- und

Entschädigungsdispositiv erhoben worden sind, bleibt es bei der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsregelung für das erstinstanzliche Verfahren.

2. Der Streitwert des Verfahrens liegt unter Fr. 30'000.– brutto, so dass für das zweitinstanzliche Verfahren keine Gerichtskosten erhoben werden (Art. 114 lit. c ZPO).

3. Die Entschädigungsfolgen für das zweitinstanzliche Verfahren richten sich wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren nach Obsiegen und Unterliegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mangels Geltendmachung begründeter Aufwände, ist der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren jedoch keine Umtriebsentschädigung im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Berufungsverfahren LA170031-O wird mit dem vorliegenden Berufungsverfahren vereinigt, unter dieser Nummer weitergeführt und als dadurch erledigt abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufungen der Kläger 1 und 2 werden abgewiesen und es wird das Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Uster vom 3. April 2017 bestätigt.
2. Das Berufungsverfahren ist kostenlos.
3. Für das Berufungsverfahren werden keine 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. 15'470.90.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 19. Januar 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. N. Gerber

versandt am:

mc