

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA180028-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hochuli

Beschluss und Urteil vom 3. Dezember 2018

in Sachen

A._____ AG,

Beklagte, Widerklägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Kläger, Widerbeklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y._____

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich,
4. Abteilung, vom 17. August 2018 (AH170158-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 21'318.60-, netto zuzüglich 5% Zins seit 31. Mai 2017, zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger ein Arbeitszeugnis gemäss dem vom Kläger eingereichten ausformulierten Wortlaut aus- und zuzustellen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MWSt.) zu Lasten der Beklagten."

Widerklagebegehren:

(Urk. 8 S. 2)

- "1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten CHF 1'042.15 zzgl. 5 % Zins seit 3. Mai 2017 zu bezahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (Letztere zzgl. 8% MWST) zu Lasten des Klägers."

**Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich, 4. Abteilung,
vom 17. August 2018:**

(Urk. 45 S. 24 f.)

1. Die Beklagte und Widerklägerin wird verpflichtet, dem Kläger und Widerbeklagten
 - Fr. 12'448.50 netto,
 - Fr. 690.90 brutto = netto sowie
 - Fr. 7'000.-- brutto = nettoje nebst Zins zu 5 % seit 31. Mai 2017 zu bezahlen.
2. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
3. Die Beklagte und Widerklägerin wird verpflichtet, dem Kläger ein Arbeitszeugnis mit folgendem Wortlaut aus- und zuzustellen:
"Arbeitszeugnis
Herr B._____, geboren am tt. Februar 1980, hat vom 18. Februar 2015 bis am 31. Juli 2017 bei der A.____ AG als Hauswart gearbeitet.
In seiner Funktion war Herr B._____ hauptsächlich für folgende Arbeiten zuständig:
 - Reinigung der von ihm betreuten Liegenschaften
 - Ausführen kleiner Reparaturen
 - Umgebungspflege

Wir lernten Herrn B. _____ als pflichtbewussten, selbständigen und sorgfältigen Mitarbeiter kennen, der alle ihm obliegenden Pflichten stets zu unserer vollen Zufriedenheit erledigte. Er zeichnete sich durch sein Engagement und seine Hilfsbereitschaft aus. Der Umgang mit Mitarbeitern, Vorgesetzten und Kunden war stets zuvorkommend und freundlich.

Aufgrund einer Reorganisation sahen wir uns leider gezwungen, uns von Herrn B. _____ zu trennen. Wir bedauern seinen Austritt. Wir danken Herrn B. _____ herzlich für seine wertvolle Mitarbeit und wünschen ihm für seine private und berufliche Zukunft alles Gute.

C. _____, 31. Juli 2017

(Unterschrift)"

4. Die Widerklage wird abgewiesen.
5. Es werden keine Kosten erhoben.
6. Die Beklagte und Widerklägerin wird verpflichtet, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin des Klägers eine Parteientschädigung von Fr. 5'791.55 (Fr. 5'377.50 plus Fr. 414.05 Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
7. (Schriftliche Mitteilung)
8. (Berufung)

Berufungsanträge:

A. Der Beklagten, Widerklägerin und Berufungsklägerin (Urk. 44 S. 2):

- "1. In Gutheissung der Berufung sei das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 17. August 2018 dahingehend abzuändern, dass Ziffer 1 und 3 des Dispositivs ersatzlos gestrichen werden.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (Letztere zzgl. gesetzlicher MwSt.) zu Lasten des Berufungsgegners."

B. Des Klägers, Widerbeklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 50 S. 2):

- "1. Die Anträge der Berufungsklägerin seien vollumfänglich abzuweisen.
2. Kosten- und Entschädigungsfolgen
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. 7.7% MWSt) zu Lasten der Berufungsklägerin.
3. Unentgeltliche Prozessführung
Dem Berufungsbeklagten sei die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben."

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Bei der Beklagten, Widerklägerin und Berufungsklägerin (fortan: Beklagte) handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C._____. Sie bezweckt unter anderem den Betrieb einer Firma für Reinigungen aller Art, Hauswartungen und Gebäudeunterhaltsleistungen, welche den Unterhalt, die Pflege und den Betrieb von Gebäuden und Materialien sowie ihrer Umgebung zum Gegenstand haben (Urk. 11). Der Kläger, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte (fortan: Kläger) war ab dem 18. Februar 2015 bei der Beklagten als Hauswart mit einem Arbeitspensum von 100% angestellt. Vereinbart wurde ein Bruttomonatslohn von Fr. 4'500.– zuzüglich 13. Monatslohn, Spesen von Fr. 16.– pro Tag und Telefonkosten von Fr. 30.– pro Monat. Die Kündigungsfrist wurde nach Ablauf der Probezeit auf einen Monat festgelegt, jeweils auf das Ende eines Monats. Ab dem zweiten Dienstjahr wurde eine zweimonatige Kündigungsfrist vereinbart (Urk. 5/4). Die Beklagte kündigte dem Kläger am 30. November 2015 auf den 31. Dezember 2015 (Urk. 5/5). Am 28. Dezember 2015 unterzeichneten die Parteien einen neuen Arbeitsvertrag, mit dem das Arbeitsverhältnis zu den bisherigen Konditionen ab dem 1. Januar 2016 ohne Unterbruch fortgesetzt wurde (Urk. 5/6). Am 3. Mai 2017 fand auf Einladung des Geschäftsführers der Beklagten hin ein Gespräch statt. In dessen Verlauf kam es zu einer Auseinandersetzung, welche zur fristlosen Beendigung des Arbeitsverhältnisses führte, wobei strittig ist, wer die fristlose Kündigung aussprach.

1.2. Am 30. August 2017 reichte der Kläger unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes D._____ vom 28. Juni 2017 bei der Vorinstanz die vorliegende arbeitsrechtliche Klage mit den eingangs wiedergegebenen Begehren ein (Urk. 1 und 3). Der weitere Prozessverlauf kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 45 S. 3 f.). Am 17. August 2018 erliess die Vorinstanz das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil (Urk. 41 = Urk. 45 S. 24 f.).

1.3. Dagegen erhob die Beklagte am 19. September 2018 rechtzeitig (vgl. Urk. 42/2) Berufung mit den oben erwähnten Anträgen (Urk. 44 S. 2). Am 18. Oktober 2018 erstattete der Kläger innert angesetzter Frist die Berufungsantwort (Urk. 50). Sie wurde der Beklagten mit Verfügung vom 19. Oktober 2018 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 53). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

2. Prozessuales

2.1. Die Berufung ist gemäss Art. 311 ZPO zu begründen. Es ist darzulegen, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten fehlerhaft sein soll. Dazu sind in der Berufungsschrift die zur Begründung der Berufungsanträge wesentlichen Argumente vorzutragen. Dies setzt voraus, dass – unter Vorbehalt des Novenrechts – mittels klarer Verweisungen auf die Ausführungen vor Vorinstanz aufgezeigt wird, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden, und die Aktenstücke bezeichnet werden, auf denen die Kritik beruht. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und Rechtsschriften des vorinstanzlichen Verfahrens zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Den gesetzlichen Begründungsanforderungen ist weder durch eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch durch eine neuerliche Darstellung der Sach- und Rechtslage Genüge getan, welche nicht darauf eingeht, was vor Vorinstanz vorgebracht und von dieser erwogen worden ist (BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2., nicht publiziert in BGE 142 III 271; BGer 4A_382/2015 vom 4. Januar 2016, E. 11.3.1; BGer 4A_263/2015 vom 29. September 2015, E. 5.2.2). Wird eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt, ist aufzuzeigen, dass die Korrektur der Sachverhaltsfeststellung für den Ausgang des Verfahrens entscheidend ist. Hat die Vorinstanz tatsächliches Vorbringen oder zu berücksichtigende aktenkundige Tatsachen übersehen, ist in der Berufungsbegründung explizit darauf hinzuweisen, dass und wo die entsprechenden Umstände bereits vor Vorinstanz vorgebracht wurden (Hungerbühler/Bucher, Dike-Komm-ZPO, Art. 311 N 34 ff.). Diese Vorgaben gelten auch im Anwendungsbereich der Untersuchungsmaxime (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4). 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).

2.2. 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).

2.3. Nicht angefochten wurden die Dispositiv-Ziffern 2 und 4 des vorinstanzlichen Urteils. In diesem Umfang ist der vorinstanzliche Entscheid in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist.

3. Parteivorbringen und Erwägungen der Vorinstanz

3.1. Der Kläger führte in seiner Klagebegründung aus, der Geschäftsführer der Beklagten habe ihn am 3. Mai 2017 zu einem Gespräch aufgeboten. Anlässlich dieses Gesprächs sei ihm fristlos gekündigt worden. In einem Schreiben vom 4. Mai 2017 (Urk. 5/7) habe der Rechtsvertreter der Beklagten die bereits mündlich ausgesprochene fristlose Kündigung schriftlich wiederholt bzw. sei behauptet worden, er habe die Arbeitsstelle fristlos verlassen, was indes nicht zutrefte und von ihm in einem Schreiben vom 19. Mai 2017 (Urk. 5/8) richtig gestellt worden sei. So habe der Geschäftsführer der Beklagten das Gespräch am 3. Mai 2017 damit eröffnet, dass er nicht mehr mit ihm, dem Kläger, zusammenarbeiten wolle und ihn deswegen fristlos entlasse. Weiter habe jener verlangt, dass er die Schlüssel zurückgebe. Er sei ruhig geblieben und habe das Büro aufforderungsgemäss verlassen. Von einer Drohung, einem aggressiven Verhalten oder gar einem körperlichen Angriff könne keine Rede sein. Daher sei die fristlose Kündigung zu Unrecht erfolgt (Urk. 1 S. 3 ff.).

3.2. Demgegenüber stellte sich die Beklagte auf den Standpunkt, der Kläger habe fristlos gekündigt. Sie bestätigte zwar, dass ihr Geschäftsführer den Kläger zu einem Gespräch gebeten habe mit der Absicht, dem Kläger nochmals vor Augen

zu führen, dass dessen Verhalten und Arbeitseinstellung nicht mehr tragbar seien. Hingegen habe sie zu diesem Zeitpunkt keine Kündigung in Betracht gezogen. Der Kläger sei zwar zum Gespräch erschienen, habe aber ihren Geschäftsführer sogleich verbal angegangen und sei beinahe körperlich aggressiv geworden. Aufgrund dieser Ausfälligkeiten habe ihr Geschäftsführer den Kläger aus dem Büro verwiesen. In der Folge habe der Kläger die Schlüssel auf den Tisch gelegt und beim Verlassen des Büros erneut Drohungen ausgestossen. Daraufhin habe ihr Geschäftsführer dem Kläger mitgeteilt, er dürfe nicht mehr ins Büro kommen. Am 4. Mai 2017 habe sie sodann den Vorfall in einem Schreiben an den Kläger schriftlich festgehalten. Dieser habe darauf zunächst nicht reagiert und sei auch nicht mehr zur Arbeit erschienen. Am 5. Mai 2017 habe der Kläger sein Fehlverhalten anerkannt und sich bei ihrem Geschäftsführer entschuldigt. Die Wiederaufnahme der Arbeit habe er nicht angeboten. Erst zwei Wochen später habe der Kläger auf ihr Schreiben reagiert, den Vorfall aber komplett anders und wahrheitswidrig wiedergegeben. Ihm sei wohl erst wegen der Karenzfrist der Arbeitslosenkasse bewusst geworden, dass seine Kündigung nicht durchdacht gewesen sei. Aufgrund dieses Umstandes habe der Kläger eine Anwältin kontaktiert und die verbriefte Version der Geschehnisse erfunden. Seine Ausführungen seien daher als reine Schutzbehauptungen zu werten (Urk. 8 S. 6 ff.).

3.3. Die Vorinstanz erwog, die im Beweisverfahren erfolgten Aussagen des Klägers und des Geschäftsführers der Beklagten stimmten in einigen Punkten überein. Infolgedessen könne davon ausgegangen werden, dass das Gespräch am 3. Mai 2017 nicht in erster Linie vereinbart worden sei, um den Kläger fristlos zu entlassen. Vielmehr habe der Geschäftsführer – aus welchen Beweggründen auch immer – beabsichtigt, einige Beanstandungen vorzubringen. Ob eine allfällige zukünftige Lohnkürzung ebenfalls eine Rolle gespielt habe, könne offengelassen werden. Dass das Gespräch relativ früh eskaliert sei, sei von den Parteien nicht bestritten worden, ebenso wenig der Auslöser für den Streit: Nach übereinstimmenden Aussagen der Beteiligten habe der Kläger gesagt, es sei ein Fehler gewesen, von einem grossen Unternehmen zur Beklagten zu wechseln. Weiter könne als erstellt betrachtet werden, dass der Kläger nach der Eskalation des Gesprächs das Büro verlassen habe und weder er noch der Geschäftsführer eine

weitere Zusammenarbeit gewünscht hätten. In Bezug auf die Frage, wer das Arbeitsverhältnis fristlos beendet habe, lasse sich festhalten, dass der Geschäftsführer den Kläger aufgefordert habe, das Büro zu verlassen und nicht mehr zurückzukommen. Es erscheine deshalb lebensnah, dass der Kläger davon ausgegangen sei, der Geschäftsführer habe ihm fristlos gekündigt, zumal er aufgrund des Hausverbots gar keine Möglichkeit mehr gehabt habe, arbeiten zu gehen. Der Geschäftsführer der Beklagten habe denn auch selber ausgesagt, für ihn sei klar gewesen, dass er mit dem Kläger nicht mehr zusammenarbeiten könne. Weshalb er davon ausgehe, dass der Kläger gekündigt habe, sei nicht nachvollziehbar. Einzig der Umstand, dass der Kläger aufgestanden sei und die Schlüssel auf den Tresen gelegt habe, könnte als Indiz für ein fristloses Verlassen des Arbeitsplatzes gesehen werden. Allerdings sei dem Kläger ja auch nichts anderes übrig geblieben als die Schlüssel hinzulegen, nachdem der Geschäftsführer ihm ein Hausverbot erteilt habe. Selbst wenn der Geschäftsführer dem Kläger allenfalls nicht wortwörtlich gesagt habe, es werde ihm fristlos gekündigt, habe dieser dennoch aufgrund der Äusserungen des Geschäftsführers den Schluss ziehen können und müssen, es sei ihm fristlos gekündigt worden. Das weitere Handeln des Geschäftsführers stütze denn auch diese Annahme. In der Arbeitgeberbescheinigung, welche der Geschäftsführer im Namen der Beklagten zuhanden der Arbeitslosenversicherung ausgestellt habe, stehe, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos auf den 4. Mai 2017 gekündigt habe. Als Grund sei "Bedrohung gegenüber dem Vorgesetzten" angegeben worden (Urk. 26). Der Rechtsvertreter der Beklagten habe sich zwar im ersten Schlussvortrag vom 19. März 2018 darauf berufen, dass die Bescheinigung inhaltlich falsch sei, ohne aber substantiiert darzulegen, weshalb diese durch die Beklagte wahrheitswidrig ausgefüllt worden sei (Urk. 32 Rz 12). Hinzu komme, dass der Geschäftsführer selber den Kläger nach dem besagten Gespräch noch am 3. Mai 2017 aus dem WhatsApp-Chat der Beklagten entfernt und sämtlichen Mitarbeitenden geschrieben habe: "B. _____ wurde heute fristlos gekündigt....zur Info!" (Urk. 19/11). Es sei daher nicht nachvollziehbar, wenn die Beklagte sich nun auf den Standpunkt stelle, dass der Kläger fristlos gekündigt habe. Die Beklagte habe weder nachweisen können, dass der Kläger die fristlose Kündigung ausgesprochen habe, noch dass er von sich aus

die Schlüssel zurückgeben habe und das Büro unaufgefordert habe verlassen wollen. Vielmehr sei davon auszugehen, dass der Geschäftsführer dem Kläger fristlos gekündigt habe (Urk. 45 S. 7 ff.).

Bezüglich der Frage, ob die fristlose Kündigung gerechtfertigt gewesen sei, erwog die Vorinstanz, angebliche Fehlritte oder Verfehlungen des Klägers vor dem Gespräch am 3. Mai 2017 stellten dafür keinen Grund dar, zumal die Beklagte selbst ausgeführt habe, sie habe zuvor keine Absicht gehabt, das Arbeitsverhältnis zu beenden. Die Beklagte führe weiter eine Gewaltandrohung des Klägers gegenüber ihrem Geschäftsführer an, welche eine weitere Zusammenarbeit unzumutbar gemacht habe. Zwar sei unbestritten, dass das Gespräch relativ früh eskaliert sei, da der Kläger erwähnt habe, es sei ein Fehler gewesen, von einem grossen, professionellen Unternehmen zur Beklagten zu wechseln. Allerdings habe die Beklagte nicht beweisen können, dass es dabei auch zur Androhung von physischer Gewalt gekommen sei. Ihr Geschäftsführer habe bloss ausgesagt, der Kläger habe auf Allah geschworen, dass er ihm "eins schlage", und er "solle aufpassen". Diese wenig detaillierten Schilderungen wirkten wenig glaubhaft und überzeugten nicht, zumal lebensfremd erscheine, der Kläger habe das Büro des Geschäftsführers betreten und diesem ohne Grund Gewalt angedroht. Sie könnten daher nicht als bewiesen gelten. In der Folge habe kein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung der Beklagten vorgelegen (Urk. 45 S. 13 ff.).

Zum vom Kläger verlangten Zeugnis erwog die Vorinstanz schliesslich, die Beklagte habe zwar behauptet, sie habe dem Kläger ein Zeugnis ausgestellt, dessen Inhalt den effektiven und tatsächlichen Begebenheiten entspreche, weshalb der Kläger keinen Anspruch auf ein anderes Zeugnis habe. Dafür habe sie aber keinen einzigen Beweis offeriert. Es sei daher davon auszugehen, dass dem Kläger bisher noch kein Arbeitszeugnis zugestellt worden sei, so dass dieser auch keine Zeugnisänderung habe verlangen können. Das vom Kläger geforderte Zeugnis entspreche dem üblichen Wortlaut und sei von der Beklagten inhaltlich nicht bestritten worden. Diese sei daher zu verpflichten, dem Kläger ein Arbeitszeugnis mit dem geforderten Inhalt aus- und zuzustellen (Urk. 45 S. 22 f.).

4. Berufung

4.1. Aufhebungsvertrag

Die Beklagte rügt, wenn die Vorinstanz festhalte, es müsse als erstellt gelten, dass weder ihr Geschäftsführer noch der Kläger eine weitere Zusammenarbeit gewünscht hätten, könne dies juristisch nur bedeuten, dass das Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einverständnis als aufgehoben gelte. Für die Zusprechung von Lohn und/oder einer Pönale gebe es demnach keinen Raum mehr, weshalb die Klage abzuweisen sei (Urk. 44 S. 5).

Der Beklagten kann nicht gefolgt werden. Zwar ist eine einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich möglich und kann sogar konkludent erfolgen. Allerdings kann allein aus dem Umstand, dass allenfalls beide Parteien die Zusammenarbeit nicht (auf Dauer) weiterführen wollten, nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass sie die sofortige Aufhebung des Arbeitsverhältnisses vereinbart hätten, zumal dies für den Kläger mit einschneidenden Folgen (Verzicht auf Kündigungsschutz, Einbussen beim Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, Verlust von Lohnansprüchen) verbunden gewesen wäre. Abgesehen davon wären für eine gültige Aufhebungsvereinbarung Konzessionen beider Parteien erforderlich gewesen (BGer 4A_563/2011 vom 19. Januar 2012, E. 4.1 m.w.H.). Inwiefern dies auf Seiten der Beklagten der Fall gewesen sein soll, ist weder dargetan noch ersichtlich. Die Rüge, die Vorinstanz sei zu Unrecht nicht von einem Aufhebungsvertrag ausgegangen, erweist sich daher als unbegründet.

4.2. Urheber der fristlosen Kündigung

Weiter bringt die Beklagte vor, es sei willkürlich, wenn die Vorinstanz festhalte, dass dem Kläger nichts anderes übrig geblieben sei, als die Schlüssel hinzulegen, nachdem ihr Geschäftsführer ihm ein Hausverbot erteilt habe. Ihr Geschäftsführer habe vor Vorinstanz unmissverständlich ausgesagt, dass der Kläger zuerst die Schlüssel hingelegt und mitgeteilt habe, dass er nicht mehr zur Arbeit erscheinen werde. Danach habe der Kläger ihn nochmals bedroht. Erst dann sei dem Kläger ein Hausverbot erteilt worden. Weiter sei die Argumentation der Vorinstanz sachlich unhaltbar und daher willkürlich, wenn sie ihrem Geschäftsführer vorwer-

fe, dass er keine Details über die angeblichen Drohungen erzählt habe, zugleich aber festhalte, dass dieser ausgesagt habe, dass der Kläger auf Allah geschworen habe, dass er ihn schlagen werde und dass er aufpassen solle. Es sei schleierhaft, inwiefern zusätzliche Sachverhaltselemente hätten vorgebracht werden können. Demnach sei entgegen der Feststellungen der Vorinstanz erstellt, dass Drohungen ausgesprochen worden seien, dass der Kläger die Schlüssel hingelegt habe und beim Verlassen des Büros nochmals ihren Geschäftsführer bedroht habe. Erst dann sei dem Kläger ein Hausverbot erteilt worden. Dennoch sei die Vorinstanz gestützt auf eine Whatsapp-Nachricht sowie die Arbeitgeberbescheinigung zuhanden der Arbeitslosenversicherung zum Schluss gekommen, dass sie die fristlose Kündigung ausgesprochen habe. "Im Rahmen der Beweiswürdigung hätte die Whatsapp-Nachricht und die Arbeitslosenbescheinigung nicht die Beweiskraft haben dürfen, vorliegend die fristlose Kündigung der Berufungsführerin darzulegen". Vielmehr handle es sich um bloße Indizien. Der Kläger (gemeint wohl: die Beklagte [vgl. Prot. I S. 9, Urk. 32 S. 6 und Urk. 38 S. 3]) habe ausgeführt, dass der Chat keine Rechtsverbindlichkeit habe und im Zusammenhang mit den Mitarbeitenden lediglich festgehalten worden sei, dass das Arbeitsverhältnis als fristlos beendet gelte. Ausserdem habe der Kläger selbst eingeräumt, er sei nicht zwecks Entlassung zum Gespräch gebeten worden. Mithin müsse bei diesem Gespräch etwas vorgefallen sein, das eine Zusammenarbeit verunmöglicht habe. Somit habe als erstellt zu gelten, dass die fristlose Kündigung vorliegend gerechtfertigt gewesen sei, ansonsten sie eben nicht ausgesprochen worden wäre. Nach der Gewaltandrohung durch den Kläger sei ihr eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr zumutbar gewesen (Urk. 44 S. 5 ff.).

Die Beklagte argumentiert widersprüchlich, wenn sie einerseits behauptet, der Kläger habe die Arbeitsstelle fristlos verlassen (Urk. 44 S. 6), und andererseits geltend macht, aufgrund der Gewaltandrohung des Klägers während des Gesprächs am 3. Mai 2018 habe ihr Geschäftsführer seine Meinung bezüglich Weiterbeschäftigung des Klägers ändern und diesem fristlos kündigen müssen, da unter diesem Umständen eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr zumutbar und eine fristlose Kündigung gerechtfertigt gewesen sei (Urk. 44 S. 7 f.). Sie stellt sodann nicht in Frage, dass ihr Geschäftsführer den Kläger aufgefordert habe,

das Büro zu verlassen und nicht mehr zurückzukommen. Die Vorinstanz ging zu Recht davon aus, dass der Kläger aufgrund dieser Äusserung den Schluss ziehen konnte und musste, die Beklagte habe ihm fristlos gekündigt (Urk. 45 S. 11 E. III/2.2.4). Der Wortlaut der Nachricht des Geschäftsführers der Beklagten in deren Whatsapp-Gruppenchat deutet sodann klar darauf hin, dass auch die Beklagte davon ausging, sie habe dem Kläger gekündigt: "B._____ wurde heute fristlos gekündigt....zur Info!" (Urk. 19/11). Auch in ihrer knapp einen Monat später zuhanden der Arbeitslosenversicherung ausgestellten Bescheinigung hielt die Beklagte fest, sie habe dem Kläger gekündigt (Urk. 26). Auf dieser Grundlage durfte die Vorinstanz ohne Weiteres als erstellt erachten, dass die Beklagte dem Kläger fristlos gekündigt hatte.

Damit verbleibt die Frage, ob der Kläger der fristlosen Kündigung der Beklagten zuvorkam, indem er – gemäss Darstellung der Beklagten – die Schlüssel hingelegte und mitteilte, er werde nicht mehr zur Arbeit erscheinen. Die Vorinstanz kam zum Schluss, die Beklagte habe diesen Sachverhalt nicht nachweisen können, zumal sie sich selbst sowohl im Whatsapp-Gruppenchat als auch gegenüber der Arbeitslosenversicherung dahingehend geäussert habe, dass sie dem Kläger gekündigt habe (Urk. 45 S. 12). Die Beklagte rügt dies als falsch, denn ihr Geschäftsführer habe unmissverständlich ausgesagt, dass der Kläger zuerst die Schlüssel hingelegt und mitgeteilt habe, dass er nicht mehr zur Arbeit erscheinen werde. Erst dann sei ihm ein Hausverbot erteilt worden (Urk. 44 S. 6 Rz. 7 mit Verweis auf Prot. I S. 8 f.). Mit diesem Vorbringen wiederholt die Beklagte allerdings bloss ihre Sachdarstellung vor Vorinstanz, ohne jedoch konkret aufzuzeigen, inwiefern die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt haben soll. Namentlich zeigt sie nicht auf, weshalb die Vorinstanz davon hätte ausgehen müssen, der Beweis für die beklagtische Sachverhaltsdarstellung sei erbracht, obwohl die Aussage des Klägers sowie der gegenteilige Inhalt der Nachricht im Whatsapp-Gruppenchat und der Bescheinigung zuhanden der Arbeitslosenversicherung bei der Vorinstanz insgesamt durchaus ins Gewicht fallende und im Übrigen nachvollziehbare Zweifel an der beklagtischen Sachdarstellung geweckt hatten. Allein der Verweis auf die Aussage ihres Geschäftsführers genügt dafür je-

denfalls nicht. Insofern erweist sich die Rüge einer unrichtigen Feststellung des Sachverhalts als unbegründet.

4.3. Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung

Bezüglich der Frage, ob die fristlose Kündigung gerechtfertigt gewesen sei, rügt die Beklagte, die Vorinstanz habe der Aussage ihres Geschäftsführers zu Unrecht keinen Glauben geschenkt. Denn es sei erstellt, dass dieser den Kläger nicht aufgeboten habe, um ihm zu kündigen. Offensichtlich müsse irgendetwas vorgefallen sein, was eine weitere Zusammenarbeit verhindert habe. Somit habe bereits aus diesem Grund als erstellt zu gelten, dass die fristlose Kündigung vorliegend gerechtfertigt gewesen sei, ansonsten sie eben nicht ausgesprochen worden wäre (Urk. 44 S. 7). Der Kläger bringt diesbezüglich zu Recht vor, diese Argumentation der Beklagten komme einem Zirkelschluss gleich (Urk. 50 S. 4): Selbst wenn die Beklagte vor dem Gespräch am 3. Mai 2017 nicht beabsichtigt haben sollte, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zu beenden (was letztlich offen bleiben kann), kann allein aus dem Umstand, dass die Beklagte anlässlich des Gesprächs eine fristlose Kündigung aussprach, nicht geschlossen werden, dass dafür zwingend ein (objektiv) wichtiger Grund vorlag. Folgte man der Argumentation der Beklagten, wäre jede von einem Arbeitgeber ausgesprochene fristlose Kündigung gerechtfertigt. Dies stünde aber im Widerspruch zum Gesetz, welches vorsieht, dass ein Arbeitsverhältnis sowohl vom Arbeitnehmer als auch vom Arbeitgeber nur aus wichtigen Gründen fristlos aufgelöst werden kann (Art. 337 Abs. 1 OR).

Die Beklagte macht weiter geltend, entgegen der Ansicht der Vorinstanz müsse auch als erstellt gelten, dass der Kläger ihrem Geschäftsführer Gewalt angedroht habe, zumal ihr Geschäftsführer anlässlich seiner Befragung die Drohungen detailliert geschildert habe. Einen anderen Grund, weshalb ihr Geschäftsführer plötzlich seine Meinung im Zusammenhang mit der Weiterbeschäftigung des Klägers geändert habe, gebe es nämlich nicht und sei vom Kläger auch nicht behauptet worden (Urk. 44 S. 6 und S. 8).

Der Geschäftsführer hatte die Drohungen anlässlich seiner Befragung vor Vorinstanz wie folgt geschildert (Urk. 25 S. 3):

"... Ich sagte ihm: Ich will mit dir reden über diese Sachen, die nicht gut sind. Er sagte dann: Ich habe von einer grossen Firma gewechselt zu einer kleinen Firma. Und dann ist er eben ausgetickt. Er ist aufgestanden. Ich sagte ihm: Reg dich ab. Er ist aufgestanden und hat auf Allah geschworen, dass er mir eins schlägt. Dann habe ich ihm gesagt, er solle die Hand runternehmen und bin ein paar Schritte zurück. Ich habe ihm gesagt: Somit ist das Gespräch beendet. Dann hat er die Schlüssel, die er noch hatte, nicht auf den Tisch, sondern – wir haben so einen Tresen – dort darauf gelegt und gesagt: Ich gehe sowieso. Beim Rausgehen hat er mir nochmals gedroht, ich solle aufpassen. Ich habe ihm von weitem zugerufen, dass er sich nicht mehr blicken lassen darf und Hausverbot hat."

Der Vorinstanz kann daher nicht gefolgt werden, der Geschäftsführer habe keinerlei Details über die angeblichen Drohungen erzählt. Hingegen ist ihr insofern beizupflichten, dass die Schilderung, wie es dazu gekommen sein soll (der Kläger habe dem Geschäftsführer plötzlich und ohne Grund mit physischer Gewalt gedroht), lebensfremd und daher wenig überzeugend erscheint. Viel schlüssiger ist die Erklärung des Klägers, welcher ausgeführt hatte, er habe dem Geschäftsführer gesagt, er solle ihm nicht unnötig auf die Nerven gehen, schliesslich mache er ja seine Arbeit. Weiter habe er ihm gesagt, er hätte seine Arbeit bei einem grossen Unternehmen nicht verlassen sollen, um bei der Beklagten zu arbeiten. Das habe den Geschäftsführer so erzürnt und gekränkt, dass er ihn aufgefordert habe, sofort die Schlüssel abzugeben und zu gehen (Urk. 24 S. 3). Daher ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz zum Schluss kam, die Beklagte habe den Beweis für die von ihr behaupteten Drohungen nicht erbringen können, weshalb von einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung auszugehen sei.

4.4. Folgen der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung

Die Beklagte rügt, dem Kläger fehle die Aktivlegitimation, da aktenkundig sei, dass dieser Arbeitslosengelder beziehe (Urk. 44 S. 8). Die Beklagte bezeichnet allerdings die entsprechende Aktenstelle nicht. Damit genügt sie ihrer Rügeobliegenheit (vgl. dazu oben Ziff. 2.1) nicht, weshalb nicht weiter darauf einzuge-

hen ist. Abgesehen davon blieben die Ausführungen der Vorinstanz zu den Folgen der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung (Schadenersatz, Pönale [Urk. 45 S. 18 ff.]) unangefochten, weshalb es dabei sein Bewenden hat.

4.5. Arbeitszeugnis

Die Beklagte rügt, die Vorinstanz habe dem Kläger den Inhalt eines Zeugnisses zugesprochen, obwohl dieser sich mit keinem Wort über seine Leistungen etc. substantiiert ausgelassen habe. Vielmehr habe er diesbezüglich bloss einen Antrag gestellt, ohne diesen zu begründen. Sie hingegen habe diverse Male darauf hingewiesen, dass die Leistungen und das Verhalten des Klägers zu wünschen übrig gelassen hätten (Urk. 44 S. 9 mit Verweis auf Prot. I S. 9). Vor Vorinstanz hatte die Beklagte noch behauptet, sie habe dem Kläger bereits ein Arbeitszeugnis zugestellt, dessen Inhalt den effektiven Tatsachen entspreche (Urk. 8 S. 17 und Urk. 38 S. 6). Allerdings reichte sie weder vor Vorinstanz noch im Berufungsverfahren das behauptete Arbeitszeugnis ein, weshalb mit der Vorinstanz davon auszugehen ist, dass die Beklagte dem Kläger bisher kein Arbeitszeugnis zukommen liess.

Gemäss Art. 330a OR kann der Arbeitnehmer jederzeit vom Arbeitgeber ein Zeugnis verlangen, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht (Abs. 1). Auf besonderes Verlangen des Arbeitnehmers hat sich das Zeugnis auf Angaben über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses zu beschränken (Abs. 2). Der Anspruch auf Ausstellung eines Zeugnisses ist mit einer entsprechenden Leistungsklage durchsetzbar (BGE 129 III 177 E. 3.2 und 3.3). Dabei ist dem Arbeitnehmer zur Vermeidung eines allfälligen Folgeprozesses betreffend Berichtigung das Recht einzuräumen, bereits die Erfüllungsklage mit einem konkreten Zeugnistext zu verknüpfen (BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 330a N 10; ZK-Staehelin, Art. 330a OR N 20; Brühwiler, Einzelarbeitsvertrag: Kommentar zu den Art. 319-343 OR, Art. 330a N 8; Janssen, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, Diss. 1996, S. 157 f.; Enzler, Der arbeitsrechtliche Zeugnisanspruch, Diss. 2012, S. 106 f.; unklar BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 330a OR N 20; a.A. Bernold, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, Diss. 1983, S. 80 f.; vgl. im Übrigen die Übersicht bei Streiff/von Ka-

enel/Rudolph, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 330a OR N 5).

Der Kläger reichte vor Vorinstanz einen ausformulierten Text für das von der Beklagten auszustellende Arbeitszeugnis ein (Urk. 1 S. 6 f.). Die Beklagte rügt, der Kläger habe den entsprechenden Antrag nicht begründet (Urk. 44 S. 9). Allerdings zeigt sie nicht auf, wo sie den entsprechenden Einwand vor Vorinstanz vorgebracht hätte. Insofern genügt sie ihrer Begründungspflicht nicht. Abgesehen davon erweist sich das Vorbringen ohnehin als unbehelflich, denn es wäre Aufgabe der Beklagten als Arbeitgeberin gewesen, dem Kläger auf dessen Verlangen hin ein Arbeitszeugnis auszustellen. Es geht nicht an, dass sie sich dieser Pflicht durch gesetzeswidriges Untätigbleiben zu entziehen und die Formulierung des Arbeitszeugnisses dem Kläger aufzubürden versucht (Janssen, a.a.O., S. 169 Fn. 77;ENZler, a.a.O., S. 107). Nachdem der Kläger (anstelle der Beklagten) einen konkreten Vorschlag für das Arbeitszeugnis vorgelegt hatte, durfte sich die Beklagte daher nicht auf die pauschale Bestreitung beschränken, der Kläger habe schlechte Arbeit geleistet (vgl. Urk. 44 S. 9 mit Verweis auf Prot. I S. 9). Vielmehr hätte sie substantiiert aufzeigen und belegen müssen, aufgrund welcher konkreter Umstände die einzelnen vom Kläger vorgeschlagenen Formulierungen unzutreffend und durch welchen Wortlaut sie zu ersetzen seien. Da sie dies gänzlich unterliess, ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz zum Schluss kam, die Beklagte habe das vom Kläger verlangte Zeugnis, das dem üblichen Wortlaut entspreche, inhaltlich nicht bestritten, weshalb sie zu verpflichten sei, dem Kläger ein Arbeitszeugnis mit dem geforderten Inhalt aus- und zuzustellen (Urk. 45 S. 23).

4.6. Fazit

Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung der Beklagten als unbegründet, weshalb sie abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid vollumfänglich zu bestätigen ist (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO), soweit er nicht bereits in Rechtskraft erwachsen ist.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Wie schon das erstinstanzliche Verfahren ist auch das Berufungsverfahren aufgrund des Fr. 30'000.– unterschreitenden Streitwerts kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO).

5.2. Die Kostenfreiheit gemäss Art. 114 ZPO bezieht sich nur auf die Gerichtskosten. Die Zusprechung von Parteientschädigungen erfolgt demgegenüber nach den allgemeinen Regeln (Art. 105 ff. ZPO; BK ZPO I-Sterchi, Art. 113 und 114 N 5; Urwyler/Grütter, Dike-Komm-ZPO, Art. 114 N 2). Die im Berufungsverfahren vollumfänglich unterliegende Beklagte hat dem anwaltlich vertretenen Kläger deshalb eine volle Parteientschädigung auszurichten (Art. 106 Abs. 1 ZPO), deren Höhe bei einem Streitwert von Fr. 26'815.90 (= 3 x Fr. 4'500.– [Bruttomonatslohn] + 3/12 x Fr. 4'500.– [Anteil 13. Monatslohn] + 3 x Fr. 230.30 [Lohnzulagen] + Fr. 7'000.– [Pönale] + Fr. 4'500.– [Streitwert Arbeitszeugnis]) auf Fr. 2'500.– (einschliesslich Mehrwertsteuer) festzusetzen ist (§ 4 Abs. 1, § 11 Abs. 1 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

5.3.1. Da dem Kläger für das Berufungsverfahren keine Kosten auferlegt werden, ist dessen Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gegenstandslos, soweit es sich auf die Befreiung von den Gerichtskosten (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO) bezieht. Hingegen ist das Gesuch des Klägers um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin materiell zu behandeln, da ihm zwar eine Parteientschädigung zuzusprechen ist, die finanziellen Verhältnisse der Beklagten aber unbekannt sind und deshalb nicht gesagt werden kann, deren Solvenz stehe ausser Frage.

5.3.2. Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Als bedürftig gilt, wer für die Kosten des Prozesses nicht aufkommen kann, ohne die Mittel anzugreifen, derer er zur Deckung des notwendi-

gen Lebensunterhalts für sich und seine Familie bedarf. Für die Beurteilung der prozessualen Bedürftigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation der gesuchstellenden Partei zu würdigen, wobei nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern den individuellen Umständen Rechnung zu tragen ist (BGE 141 III 369 E. 4.1). Die gesuchstellende Partei hat sowohl ihre Einkommens- als auch ihre Vermögensverhältnisse vollständig darzulegen und soweit möglich zu belegen (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO). Sie hat ihre Mittellosigkeit glaubhaft zu machen (BK ZPO-Bühler, Art. 119 N 38).

5.3.3. Der Kläger erzielt derzeit unter Berücksichtigung des Umstands, dass ihm der Lohn von Fr. 4'100.– brutto bzw. Fr. 3'642.85 netto (Urk. 52/3 S. 1 ff.) gemäss Arbeitsvertrag 13 Mal pro Jahr ausgerichtet wird (vgl. Urk. 52/2), ein Einkommen von rund Fr. 3'940.– pro Monat. Seine Ehefrau verdient mit einem 61%-Pensum sowie unter Berücksichtigung des 13. Monatslohns (Art. 45 GAV E. _____ Genossenschaft [https://www.E._____.ch/content/dam/jobs/pdf/BR-501-Gesamtarbeitsvertrag-E._____.pdf, besucht am 27. November 2018]; vgl. auch Jung, Lohnbuch Schweiz 2018, S. 242) rund Fr. 2'950.– brutto bzw. rund Fr. 2'540.– netto pro Monat (Urk. 15/2 und 52/4. Hinzu kommen Kinderzulagen von Fr. 400.– für die beiden Kinder (Urk. 15/3). Diesen Familieneinkünften von insgesamt Fr. 6'880.– steht ein ausgewiesener Bedarf von Fr. 5'723.– gegenüber (Urk. 50 S. 6 mit Verweis auf Urk. 14 S. 3 und 15/6-9). Allerdings ist bei der Berechnung des zivilprozessualen Bedarfs dem Kläger und dessen Familie zusätzlich ein Zuschlag von 25% auf den geltend gemachten Grundbeträgen (entsprechend Fr. 625.–) zu gewähren (Huber, Dike-Komm-ZPO, Art. 117 ZPO N 56), womit ein Überschuss von Fr. 532.– pro Monat verbleibt. In der Folge ist davon auszugehen, dass der Kläger die im Berufungsverfahren anfallenden Anwaltskosten binnen einem halben Jahr (gerechnet ab Gesuchseinreichung und damit noch vor Ablauf seiner befristeten Anstellung) tilgen kann, weshalb er nicht als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO anzusehen ist (BGE 135 I 221 E. 5.1 = Pra 99 [2010] Nr. 25). Dementsprechend ist sein Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 2 und 4 des vorinstanzlichen Urteils vom 17. August 2018 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Das Gesuch des Klägers um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin wird abgewiesen. Im Übrigen wird sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abgeschrieben.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Dispositiv-Ziffern 1, 3, 5 und 6 des Urteils des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 17. August 2018 werden bestätigt.
2. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit arbeitsrechtlicher Natur. Der Streitwert beträgt Fr. 26'815.90. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 3. Dezember 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:
am