

# Arbeitsgericht Zürich

2. Abteilung



---

Geschäfts-Nr.: AH110142-L / U01

Mitwirkend:     Präsident Dr. iur. H.-P. Egli als Einzelrichter,  
                          Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Brazzoduro

## **Urteil vom 28. November 2011**

in Sachen

**A.**

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt X.

gegen

**B. GmbH**

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Y.

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1, S. 2)

- " 1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger die Lohndifferenz in der Höhe von CHF 1'000.00 (brutto) nebst Zins von 5% seit dem 01.07.2011 zu bezahlen.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den hypothetischen Lohn von CHF 11'800.00 (brutto) nebst Zins von 5% seit dem 01.07.2011 zu bezahlen.
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger die Kinder- und Ausbildungszulagen in der Höhe von CHF 900.00 (brutto) nebst Zins von 5% seit dem 01.07.2011 zu bezahlen.
4. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den 13. Monats-lohn pro rata temporis in der Höhe von CHF 2'800.00 (brutto) nebst Zins von 5% seit dem 01.07.2011 zu bezahlen.
5. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 5'600.00 nebst Zins von 5% seit dem 01.07.2011 als Strafentschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Kündigung zu bezahlen.
6. Unter Kosten- und vollen Entschädigungsfolgen (letztere zzgl. 8% Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten."

**Erwägungen:**

**1 Sachverhalt**

1.1 Der Kläger ist gelernter Gipser; die Beklagte ist ein von C. geführtes Gipserunternehmen. Die Parteien schlossen im Jahre 2010 einen ersten Arbeitsvertrag, nach welchem der Kläger ab dem 1. September 2010 als Gipser bei der Beklagten zu arbeiten begann. Sein Bruttolohn belief sich auf Fr. 5'100.-- monatlich. Am 28. Februar 2011 wurde ein neuer Arbeitsvertrag abgeschlossen, welcher am 1. März 2011 in Kraft trat. Nach diesem galt eine Kündigungsfrist von einem Monat, eine wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden und ein Ferienanspruch von vier Wochen. Ferner

wurden ein Bruttolohn von Fr. 5'600.-- pro Monat sowie monatliche Pauschalspesen von Fr. 300.-- vereinbart (act. 4/4).

Anfang April 2011 ersuchte der Kläger bei C. um eine Bewilligung, an bzw. nach Ostern zwei Wochen Ferien beziehen zu dürfen. Dies wurde ihm von seinem Vorgesetzten verwehrt. Gemäss Darstellung des Klägers soll C. hernach darauf zurückgekommen sein und ihm den Ferienbezug bewilligt haben, was indessen von der Beklagten bestritten wird.

Unbestritten dagegen ist, dass dem Kläger für die Monate März und April 2011 je Fr. 500.-- zu wenig Lohn ausbezahlt worden ist. Am 21. April 2011 -- dem Kläger war offenbar der Aprillohn bereits überwiesen worden -- beschwerte sich der Kläger darüber am frühen Morgen bei C. telefonisch von der Baustelle aus. Gemäss Beklagter wurden die Löhne nicht korrekt ausbezahlt, weil dem Buchhalter noch alte Lohnabrechnungen eingereicht worden waren (Prot. S. 5). Da noch Arbeitsrapporte fehlen würden, weigert sich die Beklagte auch heute noch, diese fehlenden Fr. 1'000.- brutto nachzubezahlen.

1.2 In der Folge verliess der Kläger am Vormittag des 21. April 2011 seinen Arbeitsplatz und erschien erst am 9. Mai 2011 wieder zur Arbeit. Bereits am 21. April 2011 hatte die Beklagte den Kläger fristlos entlassen und ihm die Kündigung schriftlich nach Hause gesandt (act. 4/5). Am 9. Mai 2011, nachdem der Kläger nach seinen Ferien die Arbeit wieder aufnehmen wollte, wurde ihm eröffnet, er sei fristlos entlassen worden und brauche nicht mehr zur Arbeit zu kommen.

## **2 Prozessgeschichte**

Die vorliegende Klage wurde am 22. September 2011 mit vorstehend genanntem Rechtsbegehren, Klagebegründung und Klagebewilligung vom 9. September 2011 eingereicht (act. 1 und 3). Damit hat der Kläger die Frist nach Art. 209 Abs. 3 ZPO gewahrt. Am 23. September 2011 wurde der Beklagten Frist angesetzt, die Klage schriftlich zu beantworten (Prot. S. 3). Diese Frist blieb ungenutzt; die Beklagte reichte keine Stellungnahme ein, weshalb die Parteien am 10. Oktober 2011 zur Haupt-

verhandlung vorgeladen wurden (act. 8). Diese fand am 8. November 2011 statt (Prot. S. 4--20). Im Anschluss an diese Verhandlung schlossen die Parteien unter Mitwirkung des Gerichts einen Vergleich mit Widerrufsvorbehalt (act. 10). Mit Eingabe vom 18. November 2011 widerrief die Beklagte fristgerecht den Vergleich (act.11).

Der Prozess ist spruchreif.

### **3 Parteibehauptungen**

3.1 Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, die von der Beklagten ausgesprochene fristlose Entlassung sei ungerechtfertigt, weshalb sie ihm den Lohn für die ordentliche Kündigungsfrist zu bezahlen habe. Diese dauere bis zum 30. Juni 2011, weil ihm die fristlose Entlassung erst am 9. Mai 2011 eröffnet worden sei. Das schriftliche Entlassungsschreiben vom 21. April 2011 habe er nie erhalten. Ferner sei die Beklagte zu verpflichten, ihm eine Entschädigung zu bezahlen und es sei ihm der zu wenig bezahlte Lohn aus den Monaten März und April 2011 nachzubezahlen (act. 1 und Prot. S. 13--17).

Die Beklagte beantragt Abweisung der Klage. Sie ist der Ansicht, die fristlose Entlassung sei zu Recht ausgesprochen worden. Einerseits habe der Kläger der Beklagten zwei Arbeitsmaschinen im Wert von ca. Fr. 400.-- und Fr. 480.-- unrechtmässig weggenommen und sich angeeignet. Andererseits habe er am 21. April 2011 die Arbeitsstelle ohne Grund verlassen und sei nach den Ostern entgegen dem ausdrücklichen Verbot des Arbeitgebers bis zum 9. Mai 2011 in die Ferien verreist.

3.2 Hinsichtlich des zu wenig bezahlten Lohns beantragte die Beklagte ebenfalls Abweisung der Klage. Sie würde diese Beträge allerdings nachbezahlen, aber erst wenn der Kläger seine Rapporte vollständig abgeliefert habe (Prot. S. 4--13 und S. 18--20).

#### **4 Fristlose Entlassung**

4.1 Nach Art. 337 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Abs. 3).

Nach der Rechtsprechung zu Art. 337 OR 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 tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist. Andererseits müssen die Verfehlungen 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 (BGE 129 III 380 E. 2.1 S. 382, mit Hinweisen). Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab.

4.2 a) Nach Lehre und Rechtsprechung bildet das Begehen eines Vergehens oder Verbrechens während des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich einen Grund, das Arbeitsverhältnis fristlos aufzulösen. Insbesondere eine Straftat zum Nachteil des eigenen Arbeitgebers ist regelmässig geeignet, das Vertrauen so unheilbar zu zerstören, dass eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar wird. Ob es zu einer Strafanzeige und zu einer Strafuntersuchung kommt, ist dabei unerheblich (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. A. N 5 zu Art. 337 OR).

Im vorliegenden Fall wird dem Kläger ein zweifacher Diebstahl von zwei Maschinen vorgeworfen. Diese verschwanden einerseits an einem unbestimmten Tag im November 2010 und andererseits um den 20. Februar 2011 herum (Prot. S. 8). Der Kläger bestreitet diese Diebstähle mit Nachdruck (Prot. S. 15). Da die Beklagte

keine polizeilichen Ermittlungen veranlasst hat, dürfte es ihr nach so langer Zeit schwerfallen, eine Täterschaft des Klägers zu beweisen, zumal die Tatorte ein Lager der Beklagten und eine Baustelle gewesen sein sollen, zu denen auch andere Personen Zugang hatten.

b) Es kann aber dahin gestellt bleiben, ob dem Kläger eine Täterschaft nachgewiesen werden könnte. Denn gemäss eindeutiger Lehre und Rechtsprechung bedarf es einer umgehenden Reaktion, wenn eine fristlose Entlassung gerechtfertigt sein soll. Mit andern Worten ist eine fristlose Entlassung umgehend zu erklären, wenn der Arbeitgeber möglichst sichere Kenntnis der Gründe hat, welche das Weiterführen des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen und zu der fristlosen Entlassung führen. Umgehend heisst nach Bundesgericht im Normalfall eine Frist von zwei bis vier Tagen (BGer in JAR 1994 S. 223, bestätigt in JAR 1998 S. 235, 2000 S. 231 und 232, 2002 S. 267; BSK OR I - Rehbindler/Portmann, N 12 zu Art. 337 OR, mit Verweisen).

Die Beklagte ist der Auffassung, der Kläger habe ihr zwei Arbeitsmaschinen gestohlen. Diesen Verdacht hegte sie spätestens seit dem zweiten Vorfall, rund um den 20. Februar 2011. Gleichwohl führte sie das Arbeitsverhältnis noch ziemlich genau zwei Monate weiter, ohne dass es ihr unzumutbar gewesen wäre. Damit hat die Beklagte -- falls die Täterschaft des Klägers bewiesen wäre -- ihr Recht auf eine fristlose Entlassung verwirkt, denn sie hat damit auch dokumentiert, dass es ihr trotz ihres dringenden Tatverdachts nicht unzumutbar war, das Arbeitsverhältnis während rund zwei Monaten fortzusetzen.

4.3 a) Bezieht ein Arbeitnehmer gegen den ausdrücklichen Willen seines Arbeitgebers Ferien, ist dies regelmässig ein Grund für eine fristlose Entlassung (ZK-Staehelin, N 17 zu Art. 337 OR). Dasselbe gilt für das eigenmächtige Verlängern der Ferien (JAR 1993 S. 215 ff (?)).

Zwar bestreitet der Kläger, er sei weisungswidrig in die Ferien gefahren, denn C. -- so seine Behauptung -- habe es ihm nachträglich erlaubt.

b) Es ist überflüssig, über diese Behauptung des Klägers ein Beweisverfahren durchzuführen. Der Kläger wurde fristlos entlassen, bevor er seine allenfalls wei-

sungswidrigen Ferien überhaupt angetreten hatte. Der Kläger hatte am 21. April 2011 bloss seine Arbeitsstelle verlassen und wurde sofort, noch am gleichen Tag fristlos entlassen. Seine Ferien hätten aber erst nach den Osterfeiertagen beginnen sollen. Der fristlose Entlassungsgrund des weisungswidrigen Ferienbezugs hatte sich noch gar nicht realisiert. Der Kläger hätte ohne weiteres noch Gelegenheit gehabt, sich über Ostern die Konsequenzen seines Handelns zu überlegen und hernach zu verzichten, entgegen einer ausdrücklichen Weisung in die Ferien zu fahren, sondern sich reumütig am Dienstag nach Ostern zur Arbeit begeben können. Die Beklagte wartete dies nicht ab, sondern entliess den Kläger bereits vor dem Zeitpunkt, an dem sein mögliches Fehlverhalten überhaupt erst hätte beginnen können.

4.4 a) Zwar bleibt der Umstand, dass der Kläger am 21. April 2011, frühmorgens einfach die Arbeitsstelle ohne Bewilligung verlassen hat. Auch hier hat der Kläger eine andere Sachdarstellung parat, indem er behauptet, C. habe ihn mit der Bemerkung, er habe genug Geld erhalten, nach Hause geschickt und gesagt, er brauche nicht mehr zu arbeiten (Prot. S. 17).

Auch darüber brauchen keine Beweise abgenommen zu werden. Selbst wenn der Kläger die Arbeitsstelle ungerechtfertigt verlassen hat, reicht das nicht aus, um eine fristlose Entlassung zu begründen. Das unberechtigte Verweigern der Arbeit kann regelmässig bloss nach Aussprechen einer Verwarnung einen fristlosen Entlassungsgrund bilden (Streiff/von Kaenel, N 5 zu Art. 337 OR). Der Arbeitgeber hat bei einer Arbeitsverweigerung eine Verwarnung auszusprechen und dem Arbeitnehmer die fristlose Entlassung anzudrohen (ZK-Staehelin, N 15 zu Art. 337 OR). Erst wenn sich dann der Arbeitnehmer erneut fehl verhält, ist eine fristlose Entlassung möglich, wobei es noch auf die Umstände des Einzelfalles ankommt.

b) Im vorliegenden Fall liegt -- ausgehend von dem für den Kläger ungünstigsten Fall -- eine einmalige Arbeitsverweigerung, die einen knappen Tag gedauert hat, vor. Dies berechtigte die Beklagte noch nicht, sofort zum Mittel der fristlosen Entlassung zu greifen, da sich dieses als ultima ratio versteht.

Deshalb erweist sich die fristlose Entlassung gesamthaft als ungerechtfertigt.

## **5 Folgen der fristlosen Entlassung**

5.1 a) Gemäss Art. 337c Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber im Fall der fristlosen Entlassung ohne wichtigen Grund dem Arbeitnehmer das zu bezahlen, was er verdient hätte, wäre das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist aufgelöst worden.

b) Um das fiktive Ende des Arbeitsverhältnisses zu bestimmen, ist der Zeitpunkt der Kündigung relevant. Die Beklagte gab das Kündigungsschreiben am 21. April 2011 auf den postalischen Weg (Prot. S. 7). Der Kläger will sie nicht erhalten haben (act. 1 Rz. 6, Prot. S. 14). Wäre der Kläger unberechtigt in die Ferien gefahren, hätte er die Zustellung schuldhaft verhindern können und es wäre von einer fiktiven Zustellung auszugehen. Dafür müsste aber die Beklagte die Zustellung, nämlich dass die Kündigung noch im Monat April 2011 in den Einflussbereich des Klägers gelangt war, erst einmal beweisen. Die Beklagte räumte ein, das Kündigungsschreiben nicht eingeschrieben, sondern bloss mit A-Post versandt zu haben (Prot. 7), was naturgemäss bewirkt, ihr Beweisrisiko in hohem Mass zu vergrössern. Die Beklagte verzichtete denn schliesslich überhaupt, zu dieser Frage Beweismittel zu nennen (Prot. S. 20), weshalb der Beweis als gescheitert betrachtet werden muss. Daher ist davon auszugehen, die Kündigung sei erst am 9. Mai 2011 ausgesprochen worden, weshalb die ordentliche Kündigungsfrist am 30. Juni 2011 geendet hätte.

Die Beklagte ist demnach zu verpflichten, dem Kläger die Löhne für die Monate Mai und Juni 2011 (2 x Fr. 5'600.-- brutto) zu bezahlen.

5.3 a) Das Gericht kann den Arbeitgeber bei einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung in der Höhe von bis zu sechs Monatslöhnen zu bezahlen. Diese Entschädigung bemisst er nach freiem Ermessen und unter Würdigung aller Umstände.

Um deren Höhe der festzusetzen, müsste das Mitverschulden des Klägers berücksichtigt werden, d. h. die genauen Umstände, weshalb er am 21. April 2011 die Arbeitsstelle verlassen hatte, müssten eigentlich abgeklärt werden. Es versteht sich von selbst, dass es einen Einfluss auf die Höhe der Entschädigung hat, wenn er die Arbeitsstelle verlassen hat, weil ihn C. weggeschickt hat oder einfach aus Wut über den zuwenig bezahlten Lohn oder über die mangelnde Ferienbewilligung.

b) Auch in diesem Fall kann wiederum auf Beweiserhebungen und damit auf die Abklärung des Sachverhalts verzichtet werden.

Die Praxis zu Art. 337c Abs. 3 OR zeigt, dass nur in speziellen Ausnahmefällen auf das Zusprechen einer Entschädigung verzichtet werden kann (vgl. die Darstellung von Lehre und Rechtsprechung bei Streiff/von Kaenel, N 8 zu Art. 337c OR mit verschiedenen Hinweisen).

Der Kläger verlangt bloss eine minimale Entschädigung von einem Monatslohn. Ein Fall, wo auf eine Entschädigung ganz verzichtet werden könnte, liegt klar nicht vor, weshalb sich weitere Abklärungen erübrigen und die Beklagte zu verpflichten ist, dem Kläger die verlangte Minimalentschädigung von Fr. 5'600.-- netto zu bezahlen.

## **6 Lohnnachzahlung**

6.1 Die Beklagte bezahlte dem Kläger in den Monaten März und April 2011 je Fr. 500.-- zu wenig Lohn aus. Der Grund dazu ist unklar. Vorerst machte die Beklagte geltend, der Lohn des Klägers sei ab März 2011 um Fr. 500.-- erhöht worden, welche Information nicht bis zum Buchhalter gelangt sei. Dieser habe nur die alten Lohnabrechnungen besessen (Prot. S. 5). Diese Erklärung ist zwar durchaus plausibel, jedoch nicht geeignet, eine Nachzahlung zu vermeiden.

6.2 Ebenso wenig kann sich die Beklagte von einer Nachzahlungspflicht befreien, indem sie darauf hinweist, der Kläger habe seine Rapporte nicht vollständig abgegeben (Prot. S. 5 f., 12, 13). Selbst wenn dies zutreffen würde -- der Kläger räumt

ein, es würden solche fehlen, aber nur weil er keine Arbeit gehabt habe (Prot. S. 19) --, wäre das kein Grund, den Lohn nicht auszubezahlen. Der Kläger arbeitete nicht im Stunden-, sondern im Monatslohn. Das Abgeben der Arbeitsrapporte ist eine vertragliche Obliegenheit, die nicht mit Lohnabzug bestraft werden darf, wenn sie verletzt wird.

Demzufolge ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger die Fr. 1'000.-- brutto nachzubezahlen.

## **7 Weitere Forderungen**

Die weiteren Forderungen, Kinder- und Ausbildungszulagen, 13. Monatslohn und Verzugszins sind nicht bestritten und ausgewiesen. Die Pauschalspesen wurden nicht eingeklagt.

## **8 Quantitativ**

Die Klage wird der Sache nach vollumfänglich gutgeheissen werden. Im Quantitativ ist allerdings festzuhalten, dass sich der Kläger um Fr. 600.-- überklagt hat, denn zwei Monatslöhne ergeben nicht Fr. 11'800.-- (wie im Rechtsbegehren 2). Es ergibt sich deshalb folgende Rechnung:

|                                 |                      |
|---------------------------------|----------------------|
| Lohnnachzahlung März 2011       | Fr. 500.--           |
| Lohnnachzahlung April 2011      | Fr. 500.--           |
| Lohn Mai 2011                   | Fr. 5'600.--         |
| Lohn Juni 2011                  | Fr. 5'600.--         |
| 13. Monatslohn für sechs Monate | <u>Fr. 2'800.--</u>  |
| Bruttobetrag                    | Fr. 15'000.--        |
| AHV/ALV 6,25 %                  | <u>Fr. 937.50</u>    |
| Nettolohn                       | Fr. 14'062.50        |
| Kinder-Ausbildungszulage        | Fr. 900.--           |
| Strafzahlung                    | <u>Fr. 5'600.--</u>  |
| Nettoforderung total            | <u>Fr. 20'562.50</u> |

Die Beklagte ist demzufolge zu verpflichten, dem Kläger Fr. 21'500.-- brutto bzw. Fr. 20'562.50 netto nebst Verzugszins zu 5 % seit dem 1. Juli 2011 zu bezahlen. Im Übrigen ist die Klage abzuweisen.

## **9 Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Gemäss Art. 114 lit. c ZPO ist das vorliegende Verfahren kostenfrei. Für die Berechnung der Entschädigung, welche die Beklagte dem Kläger bei nahezu vollständigem Unterliegen zu bezahlen hat, ist von einem Streitwert von ca. Fr. 22'100.-- auszugehen und die VO des Obergerichts über die Anwaltsgebühren anzuwenden.

**Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 21'500.-- brutto bzw. Fr. 20'562.50 netto nebst Verzugszins zu 5 % seit dem 1. Juli 2011 zu bezahlen.  
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 4'320.-- (Fr. 4'000.-- zuzüglich 8 % Mwst) zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien gegen Rück- bzw. Empfangsschein.
5. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Zürich, 28. November 2011

ARBEITSGERICHT ZÜRICH

2. Abteilung

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. H. P. Egli

lic. iur. P. Brazzoduro