

Arbeitsgericht Zürich

3. Abteilung



Geschäfts-Nr.: AH160127-L/U

Mitwirkend: Präsidentin Dr. iur. E. Borla-Geier als Einzelrichterin,
Gerichtsschreiber MLaw M. Schmid

Urteil vom 23. Oktober 2017 (anonymisiert)

in Sachen

A. _____

Kläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____ GmbH,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Lohn für November 2015 in der Höhe von Fr. 4'860.00 brutto abzüglich allfällige Krankentaggelder zuzüglich 5% Zins ab 1. Dezember 2015 zu bezahlen.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Lohn für Dezember 2015 in der Höhe von Fr. 5'310.00 brutto abzüglich allfällige Kranken- und Arbeitslosentaggelder zuzüglich 5% Zins ab 1. Dezember 2015 zu bezahlen.
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Lohnersatz für Januar und Februar 2016 in der Höhe von Fr. 10'800.00 abzüglich allfällige Arbeitslosentaggelder zuzüglich 5% Zins ab 1. Dezember 2015 zu bezahlen.
4. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den noch offenen Ferienlohn von Fr. 4'868.90 brutto zuzüglich 5% Zins ab 1. Dezember 2015 zu bezahlen.
5. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den 13. Monatslohn von Fr. 4'300.00 brutto zuzüglich 5% Zins ab 1. Dezember 2015 zu bezahlen.
6. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass der Kläger eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung sowie weiteren Ferienlohn und Überstundenlohn geltend machen wird.

Alles unter Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zulasten der Beklagten."

Anlässlich der Hauptverhandlung geändertes Rechtsbegehren:

(act. 11 S. 1; Prot. S. 5)

- " 1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Lohn für November 2015 in der Höhe von Fr. 4'860.00 brutto abzüglich allfällige Krankentaggelder zuzüglich 5% Zins ab 1. Dezember 2015 zu bezahlen.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Lohn für Dezember 2015 in der Höhe von Fr. 2'342.60 brutto zuzüglich 5% Zins ab 1. Dezember 2015 zu bezahlen.

3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Lohn für Januar 2016 in der Höhe von Fr. 2'214.40 zuzüglich 5% Zins ab 1. Dezember 2015 zu bezahlen.
4. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den noch offenen Ferien- und Überstundenlohn von Fr. 3'709.30 brutto zuzüglich 5% Zins ab 1. Dezember 2015 zu bezahlen.
5. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den 13. Monatslohn von Fr. 4'000.00 brutto zuzüglich 5% Zins ab 1. Dezember 2015 zu bezahlen.
6. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 5'400.00 zuzüglich 5% Zins ab 1. Dezember 2015 zu bezahlen.
7. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass der Kläger weiteren Ferien- und Überstundenlohn sowie den noch offenen 13. Monatslohn geltend machen wird.

Alles unter Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zulasten der Beklagten."

Inhaltsverzeichnis:

I. Zusammenfassung des Sachverhalts und Prozessgeschichte	5
1. Sachverhalt.....	5
2. Prozessgeschichte.....	6
II. Fristlose Entlassung.....	7
1. Grundsätzliches	7
2. Parteistandpunkte	9
3. Beweisthema	10
4. Konkurrenzierung als Grund der fristlosen Entlassung?.....	11
4.1. Rechtliches.....	11
4.2. Beweiserhebung (Beweissätze 1.1. bis 1.3.).....	11
4.3. Beweiswürdigung	12
4.3.1. Einvernahmen.....	12
4.3.2. Beweiswürdigung.....	18
4.3.3. Zwischenfazit	21
5. Drohung als wichtigen Grund der fristlosen Entlassung?.....	21
5.1. Rechtliches.....	21
5.2. Beweiserhebung (Beweissatz 1.4.)	22
5.2.1. Einvernahmen.....	22
5.2.2. Beweiswürdigung.....	23
6. Fazit: ungerechtfertigte fristlose Entlassung	23
III. Folgen der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung.....	24
1. Anspruch auf Ersatz des hypothetischen Verdienstes	24
1.1. Dauer des Lohnfortzahlungsanspruches.....	24
1.1.1. Beweisthema	25
1.1.2. Beweiserhebung Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit (Beweissatz 2.2.).....	25
1.1.3. Einvernahmen.....	25
1.1.4. Beweiswürdigung.....	28
1.1.5. Zwischenfazit	29
1.2. Lohnanspruch gegenüber der Beklagten?	29
1.2.1. Parteistandpunkte	29
1.2.2. Anwendbarkeit GAV.....	31
1.2.3. Gleichwertige Vereinbarung?	32
1.2.4. Lohnanspruch trotz Verweigerung durch Krankentaggeldversicherung?.....	33
1.2.4.1. Rechtliches	33
1.2.4.2. Würdigung.....	34
1.2.5. Zwischenfazit	35
2. Höhe des Lohnanspruches Oktober 2015 bis Januar 2016	36
3. 13. Monatslohn	37
4. Ferienlohnentschädigung.....	38
5. Überstundenentschädigung	39
6. Pönale.....	40
7. Verzugszins	41
8. Fazit.....	41
IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen	42

Erwägungen:

I. Zusammenfassung des Sachverhalts und Prozessgeschichte

1. Sachverhalt

Der Kläger trat gemäss schriftlichem Arbeitsvertrag vom 1. April 2014 gleichentags seine Tätigkeit als angelernter Brandschutz- und Fugenmonteur bei der Beklagten an (act. 5/3 S. 1). Die Beklagte bezweckt gemäss Handelsregisterauszug die ...[Gesellschaftszweck] (act. 16/3). Es wurde ein 100%-Pensum bei einem Bruttogehalt von Fr. 5'300.– pro Monat vereinbart (act. 5/3 S. 1). Per Januar 2015 erhielt der Kläger eine Lohnerhöhung und verdiente neu Fr. 5'400.– brutto pro Monat (act. 13/8; act. 11 S. 2; Prot. S. 13).

Im ... [Datum] gründete der Kläger die C._____ GmbH. Gemäss Handelsregisterauszug vom ... [Datum] bezweckt diese die ... [Gesellschaftszweck]. Der Kläger, der als einziger Gesellschafter als Geschäftsführer eingetragen war, schied am 24. Dezember 2015 aus der Gesellschaft aus und übertrug diese auf seine Ehefrau, D._____ (act. 16/2, act. 16/6, act. 66/1).

Mit Schreiben vom 19. Oktober 2015 kündigte die Beklagte dem Kläger aus wirtschaftlichen Gründen das Arbeitsverhältnis ordentlich auf den 31. Dezember 2015 (act. 5/8). Die Hausärztin des Klägers, Dr. med. E._____, stellte dem Kläger am 21. Oktober 2015 in Folge Krankheit ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis zu 100% bis und mit 25. Oktober 2015 aus (act. 5/10). Dieses wurde jeweils verlängert, letztmals bis zum 15. Dezember 2015 (act. 5/11-5/14).

In der Zwischenzeit kündigte die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 9. November 2015 fristlos. Sie begründete dies damit, dass der Kläger als Gesellschafter und Geschäftsführer die Firma C._____ GmbH betreibe, weshalb sich die Beklagte nicht mehr in der Lage sehe, das Arbeitsverhältnis weiter zu führen (act. 5/9). Gleichentags erstattete F._____, der Geschäftsführer der Beklagten, Strafanzeige gegen den Kläger wegen Drohung anlässlich eines Telefonats vom

6. November 2015 (act. 52 S. 3 f.). Das Strafverfahren wurde von der Staatsanwaltschaft [Kanton] mit Verfügung vom 12. Mai 2016 eingestellt, da sich der Tatverdacht nicht ausreichend erhärten liess (act. 13/3).

Am 17. November 2015 erstatte die Beklagte Krankheitsanzeige an die Krankentaggeldversicherung G._____ AG (nachfolgend: G._____ AG; act. 5/18 und act. 32). Am 2. Dezember 2015 forderte die G._____ AG Dr. med. E._____ auf, ein Formular betreffend die Arbeitsunfähigkeit des Klägers vom 21. Oktober 2015 auszufüllen. Dr. med. E._____ sandte das vervollständigte Formular am 4. Dezember 2015 an die G._____ AG zurück. Daraufhin teilte die G._____ AG dem Kläger mit Schreiben vom 22. Dezember 2015 mit, dass gemäss der sie beratenden Ärztin, Dr. med. H._____, die Arbeitsunfähigkeit aufgrund der zur Verfügung stehenden Unterlagen nicht ausgewiesen sei und sie keine Leistungen erbringen könne (act. 32).

2. Prozessgeschichte

Mit Eingabe vom 23. August 2016 (Datum Poststempel) reichte der Kläger Klage mit dem eingangs erwähnten Rechtsbegehren ein (act. 1). Die Klagebewilligung datiert vom 26. April 2016 (act. 3), womit die Klagefrist gemäss Art. 209 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 145 Abs. 1 ZPO eingehalten wurde. In der Folge wurden die Parteien zur Hauptverhandlung auf den 1. Dezember 2016 vorgeladen (act. 6). Anlässlich der Hauptverhandlung fanden Vergleichsgespräche statt; zu einer Einigung kam es indes nicht (act. 11-16; Prot. S. 4 ff.).

Mit Eingabe vom 5. Dezember 2016 offerierte die Beklagte einen weiteren Zeugen (act. 17). Mit Verfügung vom 22. Dezember 2016 – welche auf Eingabe des Klägers hin (act. 29) mit Verfügung vom 27. Februar 2017 ergänzt wurde (act. 30) – wurden den Parteien die jeweiligen Hauptbeweise auferlegt und dazu die genannten Beweismittel abgenommen (act. 21). Die darin verlangte, persönliche Entbindungserklärung des Klägers vom Arztgeheimnis gegenüber für Dr. med. E._____ und Dr. med. H._____ ging fristgerecht ein, ebenso die Ermächtigung der G._____ AG, sämtliche Akten in Bezug auf die vom Kläger im Zusammenhang mit seiner Krankenschreibung ab dem 21. Oktober 2015 beantragten Taggeld-

leistungen einzureichen (act. 24). Die Wohnadressen der von der Beklagten bezeichneten Zeugen sowie des Gesellschafters der Beklagten gingen ebenfalls fristgemäss ein (act. 25).

In der Folge wurden die Parteien am 13. Februar 2017 über die Prozessumteilung an Präsidentin Dr. iur. E. Borla-Geier in Kenntnis gesetzt (act. 26).

Mit Verfügung vom 21. Februar 2017 wurde der G._____ AG Frist angesetzt, die Akten betreffend den Kläger im Zusammenhang mit seinen ab dem 21. Oktober 2015 beantragten Taggeldleistungen einzureichen (act. 27). Diese Akten gingen fristgemäss beim Gericht ein (act. 32) und den Parteien wurde jeweils eine Kopie zugestellt (act. 33). Mit Eingabe vom 23. Februar 2017 offerierte der Kläger als Beweismittel einen weiteren Zeugen (act. 29), welches mit Verfügung vom 27. Februar 2017 vom Gericht abgenommen wurde (act. 30).

Die Beweisverhandlungen fanden am 1. Juni 2017, am 8. Juni 2017 sowie am 12. Juni 2017 mit anschliessender Schlussverhandlung statt (Prot. S. 37 ff.). In der Beweisverhandlung wurden F._____, I._____ sowie der Kläger als Partei befragt und Dr. med. E._____, Dr. med. H._____, J._____, K._____, L._____, M._____, N._____, D._____ sowie O._____ als Zeugen einvernommen (Prot. S. 37 ff., act. 46, act. 47, act. 51-54, act. 57-63).

Nach Durchführung der Beweis- und Schlussverhandlung schlossen die Parteien unter Mitwirkung des Gerichts am 12. Juni 2017 einen Vergleich, in welchem sie sich einen Widerruf bis spätestens 23. Juni 2017 vorbehielten (act. 64-67, Prot. S. 56). Innert Frist liess der Kläger den Vergleich widerrufen (act. 68-70).

Der Prozess erweist sich als spruchreif.

II. Fristlose Entlassung

1. Grundsätzliches

Gemäss Art. 337 Abs. 1 OR kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen. Als wichtiger Grund gilt dabei jeder Um-

stand, bei dessen Vorhandensein es dem Arbeitgeber nach Treu und Glauben nicht mehr möglich ist, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen (Art. 337 Abs. 2 OR).

Eine fristlose Entlassung ist 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, und andererseits auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verletzungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, N 2 zu Art. 337). Ob die Voraussetzung des wichtigen Grundes erfüllt ist, entscheidet sich nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere von der Stellung und Verantwortung des Arbeitnehmers, der Natur und Dauer des Arbeitsverhältnisses, der Art, Häufigkeit und Schwere der Vertragsstörungen und einer allfällig vorausgegangenen Verwarnung. Dabei ist im Auge zu behalten, dass die fristlose Auflösung ein Notventil und als solches stets zurückhaltend zu handhaben ist (BGE 130 III 28 E. 4.1).

Eine fristlose Auflösung ist umgehend zu erklären, wenn der Grund zur sicheren und möglichst vollständigen Kenntnis gelangt ist. Das Bundesgericht nimmt ansonsten an, der Kündigende habe zu verstehen gegeben, dass nicht wirklich eine Unzumutbarkeit vorliege. Es ist indes gerechtfertigt, dass die Frist noch nicht zu laufen beginnt, solange der unrechtmässige Zustand anhält (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 17 zu Art. 337).

Wenn die ordentliche Kündigung bereits ausgesprochen ist, sind an die fristlose Entlassung erhöhte Ansprüche zu stellen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O. N 2 zu Art. 337 OR m.w.H.). Je kürzer die Bindung an das Arbeitsverhältnis ist, desto weniger ist der Rückgriff auf die fristlose Entlassung zuzulassen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O. N 16 zu Art. 337 OR m.w.H.).

2. Parteistandpunkte

2.1. Von der Beklagten vorgebrachte Gründe für die fristlose Kündigung

Die Beklagte bringt zusammenfassend vor, dass die Konkurrenzierung durch den Kläger eine krasse Verletzung der Treuepflicht darstelle und die Beklagte zu einer fristlosen Kündigung ohne Verwarnung berechtigt habe. Der Kläger habe bereits im ... [Datum] ein Konkurrenzunternehmen unter dem Namen C._____ GmbH gegründet, dessen Hauptzweck gemäss Handelsregisterauszug – wie bei der Beklagten – die Fugenabdichtung sei. Ausserdem habe der Kläger aktiv für sein Unternehmen Kunden abgeworben und auf Baustellen Visitenkarten seines Unternehmens verteilt. Die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses sei deshalb, auch nachdem die ordentliche Kündigung bereits erfolgt sei, für die Dauer der Kündigungsfrist nicht mehr zumutbar gewesen. Dies gelte umso mehr, als der Kläger mit seiner mutmasslichen Krankheit die Kündigungsfrist zu verlängern versucht habe (act. 14 S. 4 ff.).

F._____ habe von K._____ erst im Rahmen der Sitzung der Geschäftsführung vom 6. November 2016 erfahren, dass der Kläger auf Baustellen Visitenkarten seiner neuen Firma, mit der er dieselben Dienstleistungen wie die Beklagte anbiete, verteilen würde. Die Beklagte bestreitet, dass der Kläger die Unternehmung auf Anweisung und somit mit ihrer Zustimmung gegründet habe (Prot. S. 7).

Die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses sei auch aufgrund der Reaktion des Klägers unzumutbar gewesen, nachdem dieser von F._____ am 6. November 2015 telefonisch mit dem Vorwurf der Konkurrenzierung konfrontiert worden sei (Prot. S. 6). Der Kläger habe die Konkurrenzierung nicht bestritten, sondern ihn unmissverständlich bedroht und geantwortet, dass er im Fall einer fristlosen Kündigung seitens der Beklagten "nach dem Rechten schauen" werde. Das Strafverfahren sei zwar eingestellt worden, da es für das fragliche Telefongespräch keine direkten Zeugen gebe, nichtsdestotrotz habe das Telefongespräch genau so stattgefunden. In zivilrechtlicher Hinsicht vermöge dieses Verhalten des Klägers – nebst der Konkurrenzierung der Beklagten durch den Kläger – die fristlose Kündigung ohne weiteres zu rechtfertigen (act. 14, S. 4 ff.).

2.2. Klägerischer Standpunkt

Der Kläger bestreitet das Vorliegen eines wichtigen Grundes für die fristlose Kündigung (act. 11 S. 5). Er habe die Firma C._____ GmbH auf Anweisung der Beklagten hin gegründet, welche sich erhofft habe, dass der Kläger zu einem späteren Zeitpunkt auf selbständiger Basis für die Beklagte tätig sein könnte. Die Existenz der Firma sei der Beklagten von Anfang an bekannt gewesen. Zudem sei die blosser Gründung eines Konkurrenzunternehmens in der Freizeit weder illoyal noch unstatthaft. Der Kläger sei nie konkurrenzierend tätig gewesen, die Beklagte habe vielmehr einen Grund gesucht, ihn zu entlassen (act. 11 S. 3 f., Prot. S. 46).

F._____ habe er nie bedroht: Dieser habe den Kläger anlässlich des Telefonats vom 6. November 2015 zu überzeugen versucht, nachträglich den Erhalt einer Kündigung zu unterzeichnen, deren Kündigungsfrist vor der Erkrankung des Klägers abgelaufen wäre, wozu der Kläger nicht Hand geboten habe. Im Übrigen seien die Aussagen von F._____ wenig glaubhaft und das betreffende Strafverfahren der Staatsanwaltschaft [Kanton] rechtskräftig eingestellt worden (act. 11 S. 4; Prot. S. 46). Der Kläger wies auf den Widerspruch hin, dass F._____ anlässlich der Hauptverhandlung vom 1. Dezember 2016 ausgeführt habe, dass er sich nicht mehr an den genauen Wortlaut der Drohung erinnern könne, sich jedoch anlässlich der Befragung vom 8. Juni 2017 wieder an den genauen Wortlaut habe erinnern können (Prot. S. 16, act. 64 S. 2 f.).

3. Beweisthema

Unbestritten ist, dass der Kläger die Firma C._____ GmbH im ... [Datum] gründete. Unklar ist hingegen, wann die Beklagte von der Existenz der klägerischen Firma erfuhr und ob der Kläger der Beklagten durch Konkurrenzierung während laufendem Arbeitsverhältnis und/oder Drohung gegenüber F._____ einen wichtigen Grund für die fristlose Entlassung gab.

Die Arbeitgeberin, die ihren Arbeitnehmer fristlos entlässt, trägt die Beweislast für alle Tatsachen, die zum Schluss der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses führen. Die Beklagte hat demnach nicht nur nachzuweisen,

dass ein wichtiger Grund, der eine fristlose Kündigung rechtfertigen würde, vorlag, sondern auch, ob die Kündigung umgehend erklärt wurde.

4. Konkurrenzierung als Grund der fristlosen Entlassung?

4.1. Rechtliches

Nach Art. 321a OR hat der Arbeitnehmer die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Ein möglicher Fall des Treuebruches stellt die Verletzung des Abwerbverbots dar. Das heisst, dass der Arbeitnehmer keine Mitarbeiter, Kunden und Lieferanten des Arbeitgebers abwerben und eine neue, eigene Tätigkeit nur soweit vorbereiten darf, als dadurch die Marktstellung der Arbeitgeberin nicht bereits während des Arbeitsverhältnisses beeinträchtigt wird. Die Gründung einer Firma ist hingegen zulässig (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 4 zu Art. 321a OR). Ein Arbeitnehmer verletzt seine Treuepflicht, wenn er in ungekündigter Stellung während der Dauer des Arbeitsverhältnisses konkurrenzierende Tätigkeiten vornimmt (BGE 4C.221/2004 vom 26.7.2004, BGE 117 II 72 E. 4a S. 74, BGE 104 II 28 E. 2a S. 30 f.). Unter Konkurrenzierung ist dabei das Anbieten gleichartiger Leistungen, welche dasselbe Kundenbedürfnis befriedigen in einem sich mindestens teilweise überschneidenden Kundenkreis zu verstehen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 2 zu Art. 337 OR m.w.H.). Als Sanktion für verletzte Treuepflichten kommen fristlose Kündigung, Wegfall der Gratifikation oder Schadenersatz in Frage (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 3 zu Art. 321a OR).

4.2. Beweiserhebung (Beweissätze 1.1. bis 1.3.)

Aus den Handelsregisterauszügen der Beklagten und der C._____ GmbH ist ersichtlich, dass die C._____ GmbH – zumindest teilweise – den gleichen statuarischen Zweck verfolgt wie die Beklagte, nämlich die "Erarbeitung von Fugenabdichtungen, Brandschutz" (act. 16/2, act. 16/3); dies blieb auch unbestritten. Dies allein vermag jedoch – wie erwähnt – keine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Vielmehr hat die Beklagte den Nachweis einer konkurrenzierenden Tätigkeit der Klägers zu erbringen. Sie behauptete, dass der Kläger auf den jeweiligen Baustel-

len der Beklagten Visitenkarten seiner eigenen Firma verteilt und dieselben Dienstleistungen wie die Beklagte angeboten habe, wovon die Beklagte am 6. November 2015 erfahren hat (Beweissatz 1.1.). Weiter behauptete die Beklagte, dass der Kläger dem Plättilleger und Kunden der Beklagten, M._____, während der Zeit seiner Anstellung bei der Beklagten angesprochen, ihm ein Visitenkärtchen angeboten und gesagt habe, dass er auch direkt Aufträge annehme und er auch am Samstag arbeiten würde, wovon die Beklagte nach dem 6. November 2015 erfahren habe (Beweissatz 1.2.). Schliesslich behauptete die Beklagte, dass der Geschäftsführer der P._____ GmbH gesehen habe, wie der Kläger auf Baustellen die Visitenkarten seiner eigenen Firma verteilt und Dienstleistungen seiner Firma angeboten habe, konkret im September 2015 auf einer Baustelle an der ... [Adresse] in ... [Ort], wovon die Beklagte am 1. Dezember 2016 erfahren habe (Beweissatz 1.3.).

Zu diesen Behauptungen der Beklagten wurden F._____, I._____ und der Kläger als Parteien einvernommen. J._____, K._____, L._____, M._____, N._____ und D._____ wurden als Zeugen befragt.

Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob die Beklagte ihre - vom Kläger bestrittenen - Behauptungen beweisen kann.

4.3. Beweiswürdigung

4.3.1. Einvernahmen

J._____, der gemäss eigenen Angaben selbst eine Firma besitzt und der Beklagten nach Bedarf aushilft, gab anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 12. Juni 2017 an, dass ihm die Firma C._____ GmbH nicht bekannt gewesen sei, bis er sich aufgrund der Vorladung bei K._____ informiert habe. Der Kläger habe eine Visitenkarte gehabt die er ihm, J._____, gezeigt habe. Er wisse aber nicht mehr, was auf dieser stand und habe auch keine solche von ihm erhalten (act. 63 S. 2 ff.). Dies sei auf einer Baustelle in ... [Ort], etwa im April 2015 oder Mai 2015 gewesen. Er habe jedoch nicht gesehen, ob der Kläger anderen Personen seine Arbeit angeboten habe. Am Tag darauf habe er K._____ davon erzählt und ihm ge-

sagt, er solle aufpassen, weil der Kläger vielleicht eine Firma eröffnen werde, damit dieser keine Kundschaft an den Kläger verliere. Ihm selber habe der Kläger nie seine Arbeit angeboten (act. 63 S. 4 f.).

Auf Ergänzungsfragen der beklagischen Rechtsvertreterin ergänzte der Zeuge, dass ihn F._____ vor November 2015 angerufen und nachgefragt habe, was es mit den Visitenkarten auf sich habe. Er habe dann gesagt, der er dies K._____ erklären werde, was er im November 2015 getan habe (act. 63 S. 5 f.).

K._____, der im betreffenden Zeitraum auch bei der Beklagten arbeitete, sagte anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 8. Juni 2017 aus, dass J._____ ihm am 5. November 2015 mitgeteilt habe, dass der Kläger die C._____ GmbH gegründet habe und über eine Visitenkarte dieser Firma verfüge. Davor habe er nichts von dem Bestehen der C._____ GmbH gewusst. Anlässlich einer Sitzung mit seiner Frau, I._____, und F._____ habe er diesen von der Firma des Klägers berichtet. Ausserdem habe er zu einem späteren Zeitpunkt auch von M._____ und von N._____ erfahren, dass Visitenkarten der C._____ GmbH existieren würden. Mit dem Kläger habe er nie über die Gründung einer Firma gesprochen (act. 54 S. 2 ff.).

F._____, seit November 2015 Geschäftsführer der Beklagten, erklärte anlässlich der Parteibefragung vom 8. Juni 2017, dass K._____ ihn anlässlich der Geschäftsleitungssitzung vom 6. November 2015 darauf angesprochen habe, dass der Kläger eine eigene Firma habe. K._____ sei durch J._____ – der am Morgen oder Vortag bei ihnen im Büro gewesen sei – an die Informationen über das Konkurrenzunternehmen des Klägers gekommen. Auf dem Rückweg von der Hauptverhandlung vom 1. Dezember 2016 habe ihn N._____ aus geschäftlichen Gründen angerufen, weshalb er ihm von der Gerichtsverhandlung erzählt habe.

N._____ habe ihm daraufhin erzählt, dass er ebenfalls beobachtet habe, dass der Kläger seine Arbeit bzw. seine Firma angepriesen habe. Dies sei nach Angabe von N._____ in der Zeit gewesen, bevor der Kläger krank geworden sei (act. 52 S. 2 ff.).

I._____, Gesellschafterin und Vorsitzende Geschäftsführerin der Beklagten, gab anlässlich der Parteibefragung vom 8. Juni 2017 auf entsprechende Nachfrage der Einzelrichterin an, sie selber habe nie Visitenkarten des Klägers gesehen. J._____ habe Visitenkarten des Klägers gesehen und dies F._____ mitgeteilt, woraufhin letzterer dies wiederum ihrem Ehemann mitgeteilt habe. Ausserdem habe sie auch von M._____ erfahren, dass der Kläger Visitenkarten verteilt und seine Arbeit angeboten habe. Auf genaueres Nachhaken der klägerischen Rechtsvertreterin führte I._____ aus, sie wisse nicht mehr genau, seit wann sie Kenntnis von der eigenen Firma des Klägers gehabt hätten, es sei aber nach der Kündigung gewesen, als der Kläger noch krankgeschrieben gewesen sei: An das genaue Datum der Geschäftsleitungssitzung könne sie sich nicht erinnern. Nach einem Verhandlungsunterbruch berichtete I._____ beim Durchlesen des Protokolls, dass J._____ zuerst ihrem Ehemann, K._____, von der Konkurrenzfirma des Klägers berichtet habe (act. 52 S. 2 ff.).

M._____, der seit zehn Jahren seine Kittfugen-Arbeiten ausschliesslich der Beklagten übergibt, führte anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 12. Juni 2017 aus, dass er die C._____ GmbH nicht kenne. Er habe gehört, dass der Kläger ein eigenes Geschäft habe und gesehen, dass dieser sich bei den Gipsern beworben habe. Der Kläger habe etwa im September 2015 Visitenkarten in der Hand gehabt und von Selbständigkeit gesprochen. Dies habe er auf einer Baustelle an der ... [Adresse] in ... [Ort] gesehen. Auf Nachfrage der Einzelrichterin ergänzte er, dass er nicht gesehen habe, um was für eine Visitenkarte es sich gehandelt habe, der Kläger aber von Selbständigkeit gesprochen habe. Irgendwann ab dem 20. November 2015, als sie die Baustelle an der ... [Adresse] gehabt hätten, als die Beklagte andere Arbeiter zu seiner Baustelle gebracht hätte, habe er der Beklagten vom Vorgefallenen berichtet (act. 59 S. 2 ff.).

N._____, der zu Beginn des Arbeitsverhältnisses des Klägers bei der Beklagten angestellt war und nun als selbständiger Kitter für die Beklagte tätig ist, gab anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 12. Juni 2017 an, dass er den Kläger durch die Beklagte kenne, er habe ein paar Mal mit ihm zusammen für die Beklagte gearbeitet. Das letzte Mal hätten sie im September 2016 zusammen in ... [Ort] ge-

arbeitet. Nach einem Verhandlungsunterbruch ergänzte der Zeuge beim Durchlesen des Protokolls, dass er sich nicht mehr sicher sei, ob es im Jahr 2016 oder 2015 gewesen sei, als er mit dem Kläger gearbeitet habe. Auf die Frage, ob er die C._____ GmbH kenne, entgegnete er, dass er sich nicht sicher sei. Auf einer Baustelle in ... [Ort] habe der Kläger Visitenkarten verteilt, er sei sich aber nicht sicher, was es für Visitenkarten gewesen seien. Er habe den Kläger gefragt, weshalb er eine eigene Firma habe, er sei doch angestellt und dies sei doch verboten. An die Antwort des Klägers vermöge er sich nicht zu erinnern. Der Kläger habe ihm keine Visitenkarte übergeben. Er habe aber versucht, dem Bauleiter eine Visitenkarte zu übergeben: Wer der Bauleiter gewesen sei und ob dieser die Visitenkarte entgegengenommen habe, wisse er nicht. Auf die Frage, warum er sich sicher gewesen sei, dass es sich um Visitenkarten der Firma des Klägers gehandelt habe, entgegnete dieser, dass er von anderen Personen wisse, dass der Kläger versucht habe, diesen Visitenkarten zu verteilen. Bei diesen Kollegen handle es sich um J._____, die Firma Q._____ sowie um einen Plattenleger, welcher der Beklagten Arbeit gebe. Er persönlich habe es nur von J._____ und R._____ gehört (act. 60 S. 2 ff.).

Auf Ergänzungsfragen der klägerischen Rechtsvertreterin gab N._____ an, dass er die Visitenkarte gesehen habe, es habe sich um weiße Visitenkarten gehandelt. Was auf der Visitenkarte gestanden habe wisse er aber nicht und er habe auch nicht gehört, was der Kläger zum Bauleiter gesagt habe (act. 60 S. 5 f.).

Mit F._____ gesprochen habe er ein paar Tage später am Weihnachtsessen der Beklagten. K._____ und F._____ hätten ihm erzählt, dass sie Probleme mit dem Kläger hätten und daraufhin habe er vom Visitenkarten-Verteilen erzählt. Vor dem Weihnachtsessen sei dies nie Thema gewesen zwischen ihm und F._____. Nach einem Verhandlungsunterbruch ergänzte der Zeuge beim Durchlesen des Protokolls, dass er mit K._____ hingegen sicher schon vor dem 1. Dezember über das Verteilen von Visitenkarten durch den Kläger gesprochen habe (act. 60 S. 7 ff.).

L._____, ein Freund des Klägers, der bis zu seiner Kündigung durch die Beklagte zusammen mit ersterem für die Beklagte tätig war, erklärte anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 8. Juni 2017, dass ihm ein gewisser O._____, der ebenfalls

bei der Beklagten gearbeitet habe, von der Firma des Klägers erzählt habe. Daraufhin habe er K._____ darauf angesprochen. Dieser habe von der Firma des Klägers gewusst, sei jedoch der Ansicht gewesen, dass der Kläger so oder so keine Arbeit erhalten würde. Weitergehende Fragen, weshalb der Kläger noch bei der Beklagten arbeite, habe K._____ abgeblockt.

Der Kläger habe ihn später informiert, was geschehen sei, weshalb er auf Veranlassung der Anwältin der Rechtsschutzversicherung des Klägers, S._____, das Bestätigungs-E-Mail vom 24. November 2015 geschrieben habe (act. 13/2). An das Datum, an dem er erfahren habe, dass der Kläger eine eigene Firma gegründet habe, könne er sich nicht erinnern: Gemäss seiner E-Mail sei es im März 2015 gewesen. Von Visitenkarten des Klägers wisse er nichts. Auf genauere Nachfrage der Einzelrichterin, wie er in der E-Mail vom 24. November 2015 habe bestätigen können, dass F._____ von Anfang an über die Firma des Klägers Bescheid gewusst haben soll, erwiderte der Zeuge, dass er annehme, dass wenn es K._____ wisse, dies auch für F._____ gelte. Mit letzterem habe er jedoch nicht über die Firma des Klägers gesprochen (act. 57 S. 2 ff.).

O._____, ein Freund des Klägers, der von 2011 bis November 2014 für die Beklagte tätig war, und eine gerichtliche Auseinandersetzung mit der Beklagten hatte, führte anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 12. Juni 2017 aus, der Kläger habe ihm gegen Ende seiner Tätigkeit bei der Beklagten von seinem Vorhaben erzählt, eine eigene Firma zu gründen. Im Januar 2015 habe der Kläger ihm dann am Telefon erzählt, dass er eine eigene Firma gegründet habe und dass diese Firma vorhabe, mit der Beklagten zusammenzuarbeiten. Den Namen der Firma kenne er nicht, er gehe bloss davon aus, dass sie in der selben Branche wie die Beklagte tätig sei. Er wisse nicht, ob die Beklagte über die Firma des Klägers informiert gewesen sei: Der Kläger habe ihm mitgeteilt, dass die Beklagte mit seiner Firma zusammen arbeiten wolle, jedoch wisse er nichts weiter über diese Zusammenarbeit (act. 62, S. 2 ff.).

Der Kläger gab anlässlich der Parteibefragung vom 8. Juni 2017 an, dass ihm K._____ Aufträge für zwei Parkhäuser in ... [Ort] habe übergeben wollen. Für diesen Auftrag habe er die Firma C._____ GmbH im ... [Datum] gegründet, was die

Beklagte gewusst habe. Weil sie sich bezüglich des Preises für die Fugen pro Laufmeter nicht einigen konnten und es sich für ihn nicht gelohnt hätte, sei er weiterhin Angestellter bei der Beklagten geblieben. Er habe vor der Firmengründung nicht gewusst, dass er die Sozialabgaben etc. selber bezahlen müsse. Die C._____ GmbH habe seit der Gründung nie einen Auftrag gehabt oder ausgeführt. J._____, der ihn nach dem Auftrag gefragt habe, habe er ebenfalls davon abgeraten, weshalb auch J._____ über die Firma von Anfang an im Bild gewesen sei (act. 53 S. 2 ff.).

Visitenkarten würden zwar existieren, habe er jedoch nie verteilt. Auch J._____ habe er keine Visitenkarte ausgehändigt. Er habe auch keinen Grund dazu, denn er verfüge über dessen Telefonnummer, habe ihn jeden Tag auf der Arbeit gesehen und wisse, dass dieser von K._____ abhängig sei. Ausserdem habe J._____ ihm weder Arbeit geben noch Aufträge verteilen können (act. 53 S. 4 f.).

Auf Nachfrage der Einzelrichterin, weshalb seine Firma noch immer existiere, gab der Kläger an, dass sein Steuerberater ihm gesagt habe, er müsse mit der Schliessung ein Jahr warten, da geprüft werden müsse, ob die Firma Schulden habe. Die Firma auf seine Ehefrau umschreiben lassen müssen habe er deshalb, weil ihm das RAV gesagt habe, er würde sonst kein Geld erhalten, wenn er selbstständig sei (act. 53 S. 4 f.).

Für M._____ habe er als Angestellter der Beklagten gearbeitet. Sie hätten auf einer Baustelle in ... [Ort] eine verbale Auseinandersetzung gehabt, im März, April oder Mai 2015. Daraufhin habe er K._____ gesagt, dass er nicht mehr für M._____ arbeiten werde. K._____ und M._____ seien sehr gute Freunde, weshalb auch mit K._____ aufgrund des Vorfalls die Wogen am Telefon hoch gegangen seien. Seither habe er M._____ nicht mehr gesehen. Er habe M._____ weder gesagt, dass dieser ihm Aufträge erteilen könne, noch dass er am Samstag arbeiten könne: Er würde für diesen nicht arbeiten wollen (act. 53 S. 5).

Auf N._____ angesprochen, gab der Kläger an, dass dieser ihm im Jahr 2013 an seinem ersten Arbeitstag bei der Beklagten vorgestellt worden sei. Er habe die Stelle von N._____ übernommen, weil diesem gekündigt worden sei. Die Nach-

frage der Einzelrichterin, ob er N._____ Visitenkarten der C._____ GmbH verteilt habe, verneinte der Kläger (act. 53 S. 6).

4.3.2. Beweiswürdigung

Vorab ist in Bezug auf die Glaubhaftigkeit von J._____, K._____, M._____, N._____ und L._____ darauf hinzuweisen, dass diese unter der strengen Strafan drohung einer Zeugenaussage im Sinne von Art. 307 StGB aussagten (act. 63 S. 2, act. 54 S. 2, act. 59 S. 2, act. 60 S. 2 und act. 57 S. 2). Keiner der Zeugen, der für die Beklagte aussagte, hat grundsätzlich ein Interesse daran, dem Kläger zu schaden, wenngleich sie alle aufgrund ihrer Tätigkeit für die Beklagte von die ser abhängig sind und folglich eine Interessensbindung vorliegt: J._____ hilft der Beklagten bei Bedarf als Akkordant aus, K._____ arbeitete früher für die Beklagte, seine Ehefrau, I._____, ist Gesellschafterin sowie Vorsitzende Geschäftsführerin der Beklagten, M._____ übergibt seit 10 Jahren seine Kittfugen-Arbeiten aus schliesslich der Beklagten und N._____ ist für die Beklagte als Kitter tätig. Dies gibt Anlass zur Vorsicht bei der Würdigung, der Aussagen der Zeugen, die die Beklagte als Beweismittel vorbringt. Auch denn Aussagen des Zeugen L._____, einem Freund des Klägers, kann nicht voller Beweiswert zukommen, da er auf grund der Loyalität, da er durch Kläger vorinformiert und ein Bestätigungsschrei ben verfasste, geneigt sein könnte, für den Kläger günstig auszusagen. Zudem wurde auch er von der Beklagten entlassen.

J._____ Aussagen sind nicht kohärent und widersprüchlich: Anfänglich sagte er aus, dass er im April 2015 oder Mai 2015 K._____ auf das Verteilen der Visiten karten durch den Kläger hingewiesen habe. Hernach gab er im Widerspruch dazu an, dass ihn F._____ vor November 2015 angerufen habe und er ihm gesagt ha be, dass er K._____ vom Visitenkarten-Verteilen berichten werde, was er dann im November 2015 auch getan habe (act. 63 S. 6). Dies steht wiederum im Wider spruch zur Aussage von K._____, dass dieser vor dem 5. November 2015 nichts von der C._____ GmbH gewusst habe (act. 54 S. 2). Eine weitere Unklarheit be steht bezüglich der Behauptung von K._____, dass J._____ ihm gesagt habe, er hätte eine Visitenkarte der Firma des Klägers (act. 54 S. 2), was J._____ anläs slich der Zeugeneinvernahme jedoch verneinte (act. 63 S. 4).

Die Aussagen von M._____ scheinen zwar mit denen von K._____ übereinzustimmen, doch hat auch er nicht gesehen, was für Visitenkarten der Kläger verteilt hat. Dies wirft die Frage auf, wie er überhaupt wissen konnte, dass es sich um Visitenkarten der Firma des Klägers handelte, konnte er doch weder Aussagen zur Form noch zum Inhalt der Visitenkarte machen (act. 59 S. 3).

Auch N._____ ist sich nicht sicher, was für Visitenkarten der Kläger verteilt hat. Auf die Fragen anlässlich der Einvernahme antwortete er ausweichend und gab an, nicht mehr zu wissen, wer der Bauleiter gewesen sei, dem der Kläger die Visitenkarte gezeigt habe. Auch wusste er nicht, ob dieser die Visitenkarte schlussendlich entgegennahm und was der Kläger auf seine Frage antwortete, weshalb er eine eigene Firma habe (act. 60 S. 4). Augenfällig ist zudem, dass N._____ nach einem Verhandlungsunterbruch beim Durchlesen des Protokolls berichtigen liess, dass er nicht erst anlässlich des Weihnachtsessen der Beklagten vom 1. Dezember 2016 mit K._____ über das Verteilen der Visitenkarten gesprochen habe, sondern bereits vorher. Ausserdem ergänzte der Zeuge N._____, dass er und der Kläger wahrscheinlich 2015 und nicht 2016 auf der Baustelle in ... [Ort] gearbeitet hätten und er den Kläger das letzte Mal im September 2015 und nicht 2016 gesehen habe. Dies lässt an der Glaubhaftigkeit des Zeugen zweifeln, ist er sich doch selbst nicht mehr sicher, wie die Geschehnisse genau abliefen und in welchem Jahr sie sich abspielten.

Andererseits wirkt auch das Aussageverhalten von L._____ insgesamt ausweichend und in sich nicht stimmig. Insbesondere fällt auf, dass er in der E-Mail vom 24. November 2015 zwar schrieb, dass F._____ von Anfang an von der eigenen Firma des Klägers wusste. Anlässlich der Einvernahme stellte sich aber heraus, dass es sich dabei um eine blosser Annahme von ihm handelte.

In Bezug auf die Glaubhaftigkeit von F._____, I._____ und dem Kläger ist darauf hinzuweisen, dass diese als Partei und somit nicht unter der strengen Strafandrohung einer falschen Zeugenaussage im Sinne von Art. 307 StGB, aber immerhin unter der Androhung einer Ordnungsbusse aussagten (act. 51 S. 2, act. 52 S. 2, act. 53 S. 2). Alle sind direkt vom vorliegenden Prozess betroffen und dürften ein Interesse daran haben, die Geschehnisse in einem für sie günstigen Licht er-

scheinen zu lassen. Insofern sind ihre Aussagen mit einer gewissen kritischen Zurückhaltung zu würdigen. Die Glaubhaftigkeit der Aussagen ist aber grundsätzlich nicht schon von vornherein zweifelhaft.

F's._____ Aussagen erscheinen zwar in sich schlüssig und widerspruchsfrei, doch ist auf die oben bereits aufgeführten Widersprüche im Vergleich zu den Aussagen der anderen Zeugen hinzuweisen. Insbesondere erwähnt er mit keinem Wort, dass er J._____, laut dessen Aussage, bereits vor November 2015 angerufen und nachgefragt haben soll, was es mit dem Visitenkarten-Verteilen auf sich habe. Ausserdem widerspricht seine Aussage auch der ursprünglichen Aussage von I._____, gemäss der J._____ F._____ und dieser wiederum K._____ vom Visitenkarten-Verteilen erzählt hat.

Die Aussagen von I._____ überzeugen auch nicht, revidierte sie doch nach einem Verhandlungsunterbruch beim Durchlesen des Protokolls, dass J._____ zuerst ihrem Ehemann, K._____, von der eigenen Firma des Klägers berichtet habe. Es scheint, als wäre sie sich der Sache selber nicht ganz sicher. Gerade auch weil es sich bei K._____ um ihren Ehemann handelt, erscheint es nach der allgemeinen Lebenserfahrung merkwürdig, dass sie nicht mehr weiss, ob ihr Ehemann oder F._____ ihr vom Visitenkarten-Verteilen berichtet hat.

Nach Würdigung der Aussagen ergibt sich folgendes Bild: Alle Zeugen haben zwar angeblich gesehen, wie der Kläger Visitenkarten verteilt hat, keiner von ihnen hat jedoch gesehen, was auf den Visitenkarten stand oder wie diese (genau) aussahen. Es könnte sich dabei also auch um andere Karten gehandelt haben. Auch konnte sich keiner daran erinnern, bzw. hat keiner gehört, was der Kläger zu den Personen, die er angeblich abwerben wollte, gesagt hat. Dies spricht für eine gewisse räumliche Distanz zwischen dem jeweiligen Zeugen und dem Kläger. Dadurch stellt sich die Frage, wie die Zeugen erkennen konnten, dass der Kläger die Beklagte konkurrenziert hat, die Personen abzuwerben, wenn die Zeugen selbst das Gespräch nicht mithören konnten. Folglich ergibt sich nicht, wie die Zeugen, ohne gesehen zu haben, was auf den Visitenkarten stand oder gehört zu haben, was der Kläger mit den potentiellen Kunden besprach, mit Sicherheit wissen konnten, dass der Kläger ihnen seine Dienstleistungen anbot.

Der Beklagten gelang es weder eine der Visitenkarten des Klägers ins Recht zu legen noch einen Zeugen vorzubringen, dem der Kläger direkt Arbeit angeboten hätte. Darüber hinaus wirft es zumindest in Bezug auf die Glaubhaftigkeit der Aussagen von I._____ und N._____ Fragen auf, dass beide nach einem Verhandlungsunterbruch ihre Aussagen korrigierten.

Dass die Beklagte erst am 6. November 2015 von der Existenz der C._____ GmbH erfuhr, lässt sich nach dem Gesagten nicht erstellen. Folglich erübrigt sich die Beurteilung der Frage, ob der Kläger die Firma Ende Januar 2015 auf Anweisung der Beklagten gegründet hat, um auf selbständiger Basis für sie tätig zu sein (Beweissatz 2.1.). Selbst wenn eine Konkurrenzierung durch den Kläger vorgelegen hätte, wäre eine darauf gegründete fristlose Kündigung verspätet erfolgt.

4.3.3. Zwischenfazit

Das Beweisverfahren hat damit keine zusätzlichen Anhaltspunkte für eine Konkurrenzierung, die eine fristlose Entlassung rechtfertigen würden, erbracht. Der beweisbelasteten Beklagten misslang der Beweis, dass sie einerseits erst am 6. November 2015 von der C._____ GmbH erfuhr und damit die fristlose Kündigung unverzüglich aussprach und andererseits auch der ihr auferlegte Beweis, dass der Kläger mit Visitenkarten seine Dienstleistungen anpries. Somit kommt als von der Beklagten angeführten Gründe noch die Drohung gegenüber F._____ in Frage, über welche ebenfalls ein Beweisverfahren geführt wurde.

5. Drohung als wichtigen Grund der fristlosen Entlassung?

5.1. Rechtliches

Die Beklagte behauptet, dass der Kläger anlässlich eines Telefongesprächs vom 6. November 2015 F._____ mit dem Tod bedroht haben soll (act. 14 Rz 14). Die Drohung ist gemäss Art. 180 StGB strafbar. Die Begehung einer strafbaren Handlung während der Anstellung, soweit dadurch die Vertrauenswürdigkeit dahingefallen ist, rechtfertigt regelmässig die fristlose Entlassung. Ob es zu einer Strafanzeige kommt, ob die Strafverfolgungsbehörden ihr Folge leisten und ob eine Verurteilung stattfindet, ist dabei unerheblich (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O.,

N 5 zu Art. 337 OR m.w.H.). Der Zivilrichter ist nicht an das Urteil des Strafrichters gebunden (Art. 53 OR).

5.2. Beweiserhebung (Beweissatz 1.4.)

5.2.1. Einvernahmen

F._____, einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer der Beklagten, erläuterte anlässlich der Parteibefragung vom 8. Juni 2017, dass er den Kläger am 6. November 2015 angerufen habe, um den Kläger mit der von ihm gegründeten Firma zu konfrontieren. Er habe ihm erklärt, dass er ihm fristlos kündigen müsse, wenn dem wirklich so wäre, da das Vertrauensverhältnis damit nicht mehr gegeben wäre; er werde noch von ihm hören, es sei noch nichts entschieden. Daraufhin habe der Kläger entgegnet, dass, wenn er ihm fristlos kündigen werde, er ihn suchen, finden und töten würde (act. 52 S. 3 f.).

D._____, die Ehefrau des Klägers, machte anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 12. Juni 2017 von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch und machte folglich keine Aussagen zum betreffenden Beweissatz (act. 61 S. 2).

Der Kläger gab anlässlich der Parteibefragung vom 8. Juni 2017 an, dass es anlässlich des besagten Telefonats gar nicht um die Firma gegangen sei. Vielmehr sei die Kündigung das Thema gewesen: K._____ habe ihm per 31. Dezember 2015 kündigen wollen. F._____ habe verlangt, dass er, der Kläger, die auf Juli datierte Kündigung unterschreibe und ihm gesagt, dass dies die weiche Tour sei. Die harte Tour sei eine fristlose Kündigung, da er, der Kläger, eine Firma besitze. Es sei zu einer verbalen Auseinandersetzung gekommen. Bedroht habe er F._____ nicht und auch nie gesagt, dass er ihn suchen, finden und töten werde. Er habe ihn vielmehr gefragt, wer er sei, dass er von ihm verlange, die vordatierte Kündigung zu unterschreiben, worauf dieser gesagt habe, dass er sein Vorgesetzter sei. F._____ sei ausser sich gewesen und habe geschrien, weshalb er gesagt habe, er hätte alles mit K._____ diskutiert, spreche nicht mehr mit ihm und habe dann das Telefon aufgehängt. Danach habe er sich bei F._____ per SMS entschuldigt. Merkwürdig sei es ihm vorgekommen, dass K._____ ihn in der Folge

angerufen und gesagt habe, er solle sich per E-Mail entschuldigen, dann sei alles wieder in Ordnung und er sei auf den 31. Dezember 2015 gekündigt (act. 53 S. 2 ff.).

5.2.2. Beweiswürdigung

Dass an besagtem Tag ein Telefonat stattgefunden hat, ist zwischen den Parteien unbestritten. Bezüglich der von der Beklagten behaupteten Drohung steht Aussage gegen Aussage, wobei keine der beiden Aussagenden besonders unglaubhaft oder widersprüchlich erscheint. Dass eine Strafanzeige gemacht wurde, kann nicht als Indiz gewertet werden, denn wie eingangs erwähnt, wäre selbst ein Verurteilung nicht bindend: In casu wurde das Verfahren gegen den Kläger mangels ausreichendem Tatverdacht eingestellt (act. 13/3). Andererseits fällt auf, dass die Beklagte im Kündigungsschreiben vom 9. November 2015, von F._____ unterzeichnet, zur Begründung der fristlosen Kündigung die Betreibung der C._____ GmbH erwähnt, jedoch mit keinem Wort auf eine Drohung Bezug nahm (act. 5/9). Ebenso in der E-Mail von F._____ an die G._____ AG vom 4. Dezember 2015, in der ausschliesslich von Selbstständigkeit die Rede ist (act. 32). Insgesamt ist auch der Widerspruch in die Würdigung miteinzubeziehen, wonach sich F._____ gemäss den Ausführungen an der Hauptverhandlung nicht mehr an den genauen Wortlaut der Drohung zu erinnern vermöge (act. 14 Rz 14), dieser selbst jedoch anlässlich der Befragung angab, sich an den genauen Wortlaut erinnern zu können (act. 64). Letztendlich ist dies jedoch nicht entscheidend, da es der Beklagten nicht gelungen ist, die Drohung in einer rechtsgenügeliche Art und Weise zu beweisen.

Der Beklagten gelang es damit nicht, den Beweis nach Beweissatz 1.4. zu erbringen.

6. Fazit: ungerechtfertigte fristlose Entlassung

Nach dem Gesagten ist es der Beklagten nicht gelungen darzulegen, weshalb es für sie unzumutbar war, dass Arbeitsverhältnis mit dem Kläger bis zum Ende der

ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen. Damit ist die fristlose Kündigung vom 9. November 2015 als ungerechtfertigte Entlassung zu qualifizieren.

III. Folgen der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung

1. Anspruch auf Ersatz des hypothetischen Verdienstes

Entlässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund, so hat dieser Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR). Der Arbeitnehmer muss sich daran anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart hat und was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat (Art. 337c Abs. 2 OR). Wird eine ungerechtfertigte fristlose Entlassung jedoch während einer Sperrfrist ausgesprochen, so beendet dies zwar das Arbeitsverhältnis, doch verlängert sich rechnerisch die Lohnzahlungspflicht entsprechend, d.h., die hypothetische Sperrfristenerstreckung wird bei der Schadenersatzberechnung nach Art. 337c Abs. 1 OR eingerechnet (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 13 zu Art. 337c OR).

1.1. Dauer des Lohnfortzahlungsanspruches

Der Kläger begann am 1. April 2014 bei der Beklagten zu arbeiten, befand sich folglich im Zeitpunkt der ordentlichen Kündigung im 2. Dienstjahr, weshalb die Sperrfrist 90 Tage beträgt (Art. 336c Abs. 1 lit. b OR) und die Kündigungsfrist um maximal diese Sperrfrist verlängert hätte (Art. 336c Abs. 2 OR). Mit ordentlicher Kündigung vom 19. Oktober 2015 hätte das Arbeitsverhältnis grundsätzlich per 31. Dezember 2015 geendet. Der Kläger wurde jedoch ab dem 21. Oktober 2015 bis 15. Dezember 2015 – somit auch im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung – krank geschrieben. Das Arbeitsverhältnis hätte unter Einhaltung der zweimonatigen ordentlichen Kündigungsfrist mithin bis Ende Februar 2016 gedauert.

1.1.1. Beweisthema

Die Beklagte bestritt im Prozess – unter Hinweis auf die Einschätzung der Vertrauensärztin der Krankentaggeldversicherung – jedoch, dass der Kläger vom 21. Oktober 2015 bis 15. Dezember 2015 infolge Krankheit arbeitsunfähig war (act. 14 Rz 32), weshalb ein Beweisverfahren durchzuführen war. Der Kläger trägt für die behauptete Arbeitsunfähigkeit in Anwendung von Art. 8 ZGB die Beweislast.

1.1.2. Beweiserhebung Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit (Beweissatz 2.2.)

Der Kläger legte zum Beweis der Arbeitsunfähigkeit zunächst Arbeitsunfähigkeitszeugnisse (act. 5/10 - 5/14) sowie einen ärztlichen Bericht seiner Hausärztin Dr. med. E._____ vom 29. August 2016 ins Recht (act. 13/1), die eine lückenlose Arbeitsunfähigkeit von 100% vom 21. Oktober 2015 bis 15. Dezember 2015 bescheinigen. Auf diese Zeugnisse bzw. den Bericht konnte indessen nicht unbesehen abgestellt werden, nachdem einerseits drei Arztzeugnisse rückwirkend ausgestellt wurden und andererseits eine negative Leistungsbeurteilung der Krankentaggeldversicherung G._____ AG bei den Akten lag, wonach deren beratende Ärztin Dr. med. H._____ zum Schluss kam, dass keine medizinischen Fakten vorliegen würden, die eine Arbeitsunfähigkeit begründen würden (act. 5/11, 5/12, 5/14, 5/17).

Aus diesem Grund wurden – nach Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht durch den Kläger – die Akten der G._____ AG beigezogen (act. 32), Dr. med. E._____ und Dr. med. H._____ als Zeugen einvernommen und der Kläger als Partei befragt (act. 46, 47, 53).

1.1.3. Einvernahmen

Dr. med. E._____, Hausärztin des Klägers und Fachärztin für Allgemeinmedizin, führte anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 1. Juni 2017 aus, dass der Kläger am 21. Oktober 2015 zu Hause gestürzt und auf seinen Kopf gefallen sei. Gleichentags sei der Kläger bei ihr in der Praxis erschienen und habe zudem über Schwindel geklagt. Weil die Ursache unklar gewesen sei, habe sie weiterführende

fachärztliche Abklärungen angeordnet: ein Langzeit-EKG bei der Zeugin in der Praxis, eine nervenärztliche Untersuchung bei einem Spezialisten sowie eine kardiologische Abklärung bei einem Spezialisten. Die Diagnose sei eine Herzrhythmusstörung, ein Halswirbelsyndrom, welches Schwindel verursachte, die Synkope (Bewusstlosigkeit) sowie eine vasovagale, reflektorische Störung gewesen. Der Kläger habe zuvor keine solch ernstzunehmenden Probleme gehabt. Da es aufgrund dieser Diagnose zu weiteren Schwindelattacken hätte kommen können und gemäss ihren Informationen der Kläger Arbeiten auf einer Leiter ausgeführt habe, sei dieser arbeitsunfähig gewesen, denn solchen Arbeiten seien mit der genannten Diagnose nicht vereinbar. So komme Schwindel zum Beispiel bei Dacharbeitern, welche permanent nach oben schauen müssen, deutlich öfters vor als bei Tätigkeiten in Sitzpositionen (act. 46 S. 2 ff.).

Das erste ärztliche Zeugnis habe sie vorerst bis zum 25. Oktober 2015 ausgestellt, weil der Kläger bis dann Beschwerden gehabt habe und weitere Abklärungen – zusätzlich aufgrund einer Erkältung – nötig gewesen seien. An die nächste Konsultation vom 27. Oktober 2015 könne sie sich nicht mehr erinnern. Die Arbeitsunfähigkeitszeugnisse würden jedoch der Wahrheit entsprechen und belegen, dass der Kläger einmal am 21. Oktober 2015, einmal am 27. Oktober 2015 und einmal am 12. November 2015 bei ihr in Praxis gewesen sei, womit auch klar sei, dass der Kläger wie vermerkt vom 21. Oktober 2015 bis zum 15. Dezember 2015 – in Bezug auf seine Arbeitsstelle – 100% arbeitsunfähig gewesen sei (act. 46 S. 4 ff.).

Mit der Rückdatierung des Arztzeugnisses vom 12. November 2015 auf den 4. November 2015 konfrontiert, führte die Zeugin aus, dass die Patienten nach der Untersuchung beim Kardiologen aufgefordert würden, sich zur Kontrolle zu melden. Der Patient müsse erst vorbeikommen, wenn die geforderten Untersuchungsergebnisse vorhanden seien (act. 46 S. 5).

Auf entsprechende Frage der Einzelrichterin, wie es am 15. Dezember 2015 mit dem Schwindel des Klägers ausgesehen habe, entgegnete die Zeugin, dass der Kläger zu dem Zeitpunkt – wohl auch aufgrund der Therapien in der Zwischenzeit – keine ernstzunehmenden Schwindelattacken mehr gehabt habe, weshalb sie

keine weitere Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausgestellt habe. Zudem hätten sie am 15. Dezember 2015 den Befund gehabt, dass beim Kläger keine relevante Herzrhythmusstörung bestehe und eine Implantation eines Herzschrittmachers nicht notwendig sei. Die reflektorisch-vasovagale Störung sei als Ursache für die Bewusstlosigkeit zwar nicht nachgewiesen worden, nach Angaben der Fachärzte jedoch höchstwahrscheinlich der Auslöser gewesen, da alle anderen möglichen Ursachen hätten ausgeschlossen werden können (act. 46 S. 6 ff.).

Dr. med. H. _____, Fachärztin für innere Medizin, sagte anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 1. Juni 2017 aus, dass sie in Bezug auf das Dossier des Klägers – wie bei der Versicherung üblich – ein Formular, welches die behandelnde Ärztin ausgefüllt habe, sowie das Arbeitsunfähigkeitszeugnis erhalten habe. Hernach gebe sie jeweils ihre Einschätzung ab, wobei nicht sie den Entscheid treffe, ob Leistungen der Versicherung erbracht würden (act. 47 S. 2 f.).

Im betreffenden Fall sei die Frage unter 2. a) des Formulars ausweichend mit einem oder zwei Symptomen: "Schwindel, Synkope 2 Mal" und nicht mit einer Ursache beantwortet worden. Bei der Frage, wann und wie sich die Erkrankung zum ersten Mal geäußert habe, habe sie gelesen: "Schwindel seit 21. Oktober 2015, zweimalige Synkopen vom 22. bis 26. Oktober 2015". Zudem sei die Frage 7, nach Bemerkungen und weiteren Antworten, unbeantwortet geblieben. Eine Synkope sei ein Bewusstseinsverlust und nicht das Gleiche wie Schwindel. Wenn ein junger Mann und Familienvater Synkopen habe, würde sie sofortige Untersuchungen und sechs Wochen danach die Formulierung einer Diagnose erwarten. Es sei jedoch keine Spitalbehandlung verzeichnet gewesen und auch sonst habe ein Hinweis gefehlt, dass etwas unternommen worden sei: Auf dieser medizinischen Faktenbasis habe sie keine Arbeitsunfähigkeit bestätigen können (act. 47 S. 3 f.).

Auf Ergänzungsfragen der klägerischen Rechtsvertreterin, weshalb sie nicht bei Dr. med. E. _____ nachgefragt habe, gab die Zeugin an, dass sie prinzipiell erwarten dürfe, dass ein Arzt wisse, welche Auskünfte er präsentieren müsse. Sie selbst würde eine Person, die über Schwindel und Bewusstseinsstörungen klage,

ernst nehmen und nicht auf einem gefahrenexponierten Arbeitsplatz arbeiten lassen (act. 47 S. 4 f.).

Der Kläger gab anlässlich der Parteibefragung vom 8. Juni 2017 an, dass er im Zeitraum vom 21. Oktober 2015 bis 15. Dezember 2015 nichts gemacht habe, er sei krank gewesen; gearbeitet habe er jedenfalls nicht. Er habe zwei Untersuchungen bei Spezialisten gehabt, eine in ... [Ort] und eine in ... [Ort]; er habe nach Rücksprache mit Dr. med. E. _____ die Termine vereinbart, an die er sich jedoch nicht mehr erinnern könne (act. 53 S. 8 f.).

1.1.4. Beweiswürdigung

Die Hausärztin des Klägers sagte zwar nicht in befriedigender Weise aus, ihre Aussagen können aber insgesamt als glaubhaft erachtet werden. Sie verwies auf die von ihr ausgestellten Arztzeugnisse und bekräftigte die Richtigkeit der darin vermerkten Angaben. Sie machte Angaben zu ihrer Diagnose und den aufgegleisteten Untersuchungen durch Spezialisten, welche in der Folge stattfanden. Die Arztzeugnisse stellen nicht alleine auf die Angaben des Klägers ab.

Die Rückdatierung der Arztzeugnisse begründet nicht ausreichend schwere Zweifel an deren Richtigkeit, als dass den Arztzeugnissen jeglicher Beweiswert abgesprochen werden müsste. Dass Patienten bei der Hausärztin aufgrund laufender Untersuchung bei Spezialisten erst vorbeikommen müssen, wenn neue Informationen vorliegen, um die neuen Befunde abzuwarten, kann bei einer länger andauernden Krankheit, durchaus Sinn machen. Nichtsdestotrotz führt die Ausstellung rückdatierter Arbeitsunfähigkeitszeugnisse üblicherweise – und insbesondere bei längerer Rückdatierung – zu einer Verringerung des Beweiswerts. Die Rückdatierung beim letzten Arztzeugnis vom 15. Dezember 2015 beträgt knapp zwei Wochen (act. 5/14). In Anbetracht der Untersuchung vom 30. November 2015 bzw. Bericht vom 2. Dezember 2015 bei Dr. med. T. _____ sowie der Untersuchung vom 8. Dezember 2015 bzw. Bericht vom 8. Dezember 2015 von Dr. med. U. _____ ist dies aufgrund des Gesagten aber nachvollziehbar (act. 56/1-2). Der Beklagten wäre offen gestanden, einen Vertrauensarzt beizuziehen: Dies tat sie allerdings nicht. Erst mit der Verweigerung der Zahlungen durch die G. _____ AG

begann sie die Krankheit des Klägers anzuzweifeln (vgl. E-Mail von F._____ an die G._____ AG vom 4. Dezember 2015, act. 32). Die Zahlungsverweigerung wiederum erfolgte aufgrund von Empfehlungen von Dr. med. H._____, welche jedoch den Kläger weder gesehen noch ärztlich untersucht hatte, sondern ausschliesslich aufgrund der Akten entschied, welche aus einem von der Hausärztin des Klägers (rudimentär) ausgefüllten Formular sowie der persönlichen Angaben zum Kläger (Alter, familiäre Situation) bestanden. Die Untersuchungen welche Dr. med. H._____ für eine Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit ihrerseits vermisste, wurden gemäss Angaben der Hausärztin des Klägers sowie den bei den Akten liegenden Berichten der Spezialisten durchgeführt, jedoch nicht im Formular aufgeführt. Nach dem Gesagten vermag ihr Entscheid den Beweiswert der ärztlichen Zeugnisse und die Aussagen der Hausärztin des Klägers jedenfalls nicht zu entkräften. Auch sonst liegt nichts bei den Akten, was an der Arbeitsunfähigkeit im betreffenden Zeitraum begründete Zweifel aufkommen liess. Die hundertprozentige Arbeitsunfähigkeit des Klägers vom 21. Oktober 2015 bis und mit 15. Dezember 2015 ist somit ausgewiesen, mithin ist dem Kläger der Beweis gemäss Beweissatz 2.2. gelungen.

1.1.5. Zwischenfazit

Der Kläger war infolge Krankheit vom 21. Oktober 2015 bis zum 15. Dezember 2015 zu 100% arbeitsunfähig und hat grundsätzlich Anspruch auf Lohnfortzahlung, die sich aufgrund der Sperrfrist – wie unter E. III.1 ausgeführt – hypothetisch verlängert. Zu prüfen ist nun, wer leistungspflichtig ist bzw. wer das Risiko der ausbleibenden Leistung durch die Krankentaggeldversicherung zu tragen hat.

1.2. Lohnanspruch gegenüber der Beklagten?

1.2.1. Parteistandpunkte

Der Kläger stellt sich grundsätzlich auf den Standpunkt, dass er bei der Beklagten als angelernter Brandschutz- und Fugenmonteur tätig gewesen sei und als solcher dem allgemeinverbindlichen GAV des Isoliergewerbes unterstanden habe

(act. 11 S. 7 f.). Möglich sei jedoch auch die Anwendbarkeit des Landesmantelvertrages für das schweizerische Bauhauptgewerbe (nachfolgend: LMV; Prot. S. 17). In jedem Fall verweise der Arbeitsvertrag in Ziffer 6 auf den LMV, womit die Beklagte dem Kläger zugesichert habe, dass er im Krankheitsfall 90% des ausfallenden Lohnes bei einem Karenztag erhalte, unabhängig davon, ob von der Taggeldversicherung Leistungen erfolgen würden oder nicht (Prot. S. 17 f.). Die im Arbeitsvertrag erwähnten 3 Karenztage und die Auszahlung von 80% des Grundgehalmtes würden sich nur auf die Unfallversicherung beziehen (act. 11 S. 5).

Die gesetzliche Verpflichtung des Arbeitgebers von Art. 324a OR lege wieder auf, wenn der Versicherer das Vorliegen einer Krankheit bzw. Arbeitsverhinderung bestreite und die Leistungen verweigere (act. 11 S. 5 f. und act. 64 S. 2). Ausserdem sei dem Arbeitsvertrag zu entnehmen, dass die Taggeldversicherung nicht als Ersatzlösung für die Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a OR, sondern als Ergänzung zu dieser Verpflichtung gemeint gewesen sei (act. 64 S. 2).

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass sie keinem GAV unterstehe (act. 14 S. 8 f.). Mit Ziffer 6 des Arbeitsvertrages habe man in Anlehnung an den LMV eine Krankentaggeldversicherung abschliessen wollen. Dies heisse aber nicht, dass man sich diesem auch unterstelle (Prot. S. 7 f.). Ebenso wenig sei der GAV für das Isoliergewerbe anwendbar, was ihr von der paritätischen Landeskommission bestätigt worden sei (Prot. S. 9).

Bezüglich des Lohnanspruchs des Klägers argumentierte die Beklagte, dass den Kläger eine Schadensminderungspflicht treffe und er aufgrund seines direkten Forderungsrechts gegen die Taggeldversicherung hätte vorgehen müssen. Die Beklagte sei weder Garantin der Taggeldversicherung noch lege der Lohnanspruch des Klägers nach Art. 324a Abs. 1 und 3 wieder auf, wenn die Versicherung nicht leiste. Der Kläger müsse sich direkt an die Versicherung halten, was ihm schliesslich auch möglich sei (act. 14 S. 13). Bei Ziffer 6 des Arbeitsvertrages handle es sich nicht um eine Garantie, falls die Taggeldversicherung nicht leisten sollte (Prot. S. 8 und S. 21 f.).

1.2.2. Anwendbarkeit GAV

Ein Gesamtarbeitsvertrag gelangt einerseits zur Anwendung, indem Vertragsparteien aufgrund des Vorliegens bestimmter Voraussetzungen automatisch in dessen Anwendungsbereich fallen oder indem dieser durch Abrede in ein Arbeitsverhältnis respektive Einzelarbeitsvertrag übernommen wird. Ist Letzteres der Fall, gilt der Gesamtarbeitsvertrag faktisch als allgemeine Anstellungsbedingungen.

Ob ein Betrieb unter einen GAV fällt, entscheidet allein der Richter, nicht die paritätische Kommission. Die Übernahme der Ferienregelung eines GAV in den Einzelarbeitsvertrag durch einen Arbeitgeber bewirkt nicht die Anwendbarkeit des gesamten GAV auf das Arbeitsverhältnis, wenn der Arbeitnehmer dem vertragschliessenden Verband nicht angehört (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O. N 13 zu Art. 356 OR).

Bezüglich der Anwendbarkeit des GAV für das Isoliergewerbe ist nicht die Tätigkeit des Klägers entscheidend, sondern die Tätigkeit des Betriebs und somit der Beklagten. Der Kläger brachte einzig vor, dass er als Brandschutzmonteur für die Beklagte tätig gewesen sei. Dem Kläger misslang es, substantiiert darzutun, weshalb die Tätigkeit der Beklagten unter den GAV für das Isoliergewerbe fallen und dieser folglich zur Anwendung kommen sollte. Es gibt auch im Übrigen keine Anhaltspunkte, weshalb der GAV für das Isoliergewerbe anwendbar sein sollte (vgl. auch Prot. S. 10, act. 16/8).

Es stellt sich nun noch die Frage, ob der LMV anwendbar ist. Die Parteien konnten nicht dartun, dass die Beklagte dem Branchenvertrag LMV nicht untersteht, mithin ihr Gepräge nicht in den betrieblichen Geltungsbereich von Art. 2 LMV (insb. Abs. 2 lit. f) fällt. Es wurde nicht rechtsgenügend (beispielsweise mittels Darlegung der betreffenden Arbeitsleistung, Arbeitsstunden, Stellenprozente, Umsatz/Gewinn) belegt, dass die Beklagte nicht bloss ausnahmsweise im Bereich der Gebäudehülle tätig ist und damit ausgenommen vom LMV wäre; ein solcher Schluss lässt denn auch der Handelsregistereintrag der Beklagten nicht zu (vgl. Prot. S. 10, 20, 22 und 55f.). Daher ist davon auszugehen, dass die Beklagte dem

LMV unterstellt ist. Daran ändert auch nichts, dass die Beklagte behauptet, dass dem nicht so sei (vgl. act. 14 Ziff. 27ff. und Prot. S. 9f., 55f.).

1.2.3. Gleichwertige Vereinbarung?

Art. 324a Abs. 4 OR sieht vor, dass von der gesetzlich vorgesehenen Lohnfortzahlungspflicht abgewichen werden kann, sofern eine mindestens gleichwertige Regelung durch schriftliche Abrede, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag vereinbart wurde. Gleichwertigkeit ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gegeben, wenn eine Versicherung während mindestens 720 Tagen innert 900 Tagen ein Taggeld in der Höhe von mindestens 80% des Lohnes ausrichtet, mit einer Wartefrist von maximal drei Tagen und bei mindestens hälftiger Tragung der Prämien durch den Arbeitgeber (Urteil des Bundesgerichts 4A_98/2014 vom 10. Oktober 2014 E. 4.2.1).

Vorliegend enthält der LMV in Art. 64 Abs. 1 folgende Regelung: "*Lohnfortzahlung durch Kollektivversicherung: Der Betrieb ist verpflichtet, die dem LMV unterstellten Arbeitnehmenden kollektiv für ein Taggeld von 90% des wegen Krankheit ausfallenden, der normalen vertraglichen Arbeitszeit entsprechenden zuletzt bezahlten Lohnes zu versichern. Mit den Taggeldleistungen des Kollektivversicherers ist die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nach Art. 324a und 324b OR vollumfänglich abgegolten.*" Weiter enthält er in Abs. 2 lit. a folgende Regelung zur Prämienteilung: "*Die Prämien für die Kollektivtaggeld-Versicherung werden vom Betrieb und den Arbeitnehmenden je zur Hälfte getragen.*" Zu den Karenztagen wird schliesslich in Abs. 3 lit. b Folgendes festgehalten: "*Entschädigung des Lohnausfalles zu 90% infolge Krankheit nach höchstens einem Karenztag zu Lasten der Arbeitnehmenden. Erfolgt ein Aufschub von höchstens 30 Tagen je Krankheitsfall, ist der Lohnausfall während dieser Zeit vom Arbeitgeber zu entrichten. [...]*"

Der LMV erfüllt das Kriterium der Schriftlichkeit und enthält alle für die Annahme der Gleichwertigkeit notwendigen Punkte. Ebenso wurde ein ausdrücklicher Abgeltungs-Vorbehalt festgehalten. Vorliegend haben die Parteien somit eine grundsätzlich gleichwertige Vereinbarung getroffen.

1.2.4. Lohnanspruch trotz Verweigerung durch Krankentaggeldversicherung?

1.2.4.1. Rechtliches

Wird die Leistungspflicht des Arbeitgebers durch eine Versicherungslösung abgelöst und ist diese gleichwertig, so ist der Arbeitgeber grundsätzlich von seiner Zahlungspflicht befreit (ROBERTA PAPA, in: Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Krankheit und Unfall des Arbeitnehmers und die Koordination von Lohnzahlungsleistungen mit Taggeldleistungen, ArbR 2009, S. 69 ff., S. 80). Der Arbeitgeber ist aber nur solange und soweit von seiner Lohnfortzahlungspflicht entlastet, wie diese tatsächlich durch die Versicherung übernommen wird (THOMAS GEISER, Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, AJP 2003, S. 323 ff., S. 329). Verweigert der Versicherer seine Leistung z.B. weil dem Arbeitnehmer eine Verletzung von Mitwirkungspflichten vorgeworfen werden kann, spielt es eine Rolle, ob sich die auferlegten Pflichten in einem üblichen und zumutbaren Rahmen bewegen und ob sie dem Arbeitnehmer bereits bei Vereinbarung der Ersatzlösung bekannt sind bzw. sein müssen. Kann dies bejaht werden, ist die Gleichwertigkeit der Ersatzlösung nicht tangiert (vgl. PAPA, a.a.O., S. 91).

Schliesslich darf dem Arbeitnehmer nicht das Risiko übertragen werden, gegen die falsche Partei zu klagen. Er muss trotz Bestehens einer Kollektivtaggeldversicherung gegen den Arbeitgeber klagen können, wenn er seine Leistungen nicht erhalten hat. Erweist sich die vom Arbeitgeber abgeschlossene Kollektivtaggeldversicherung als tatsächlich gleichwertig, muss der Arbeitgeber dann aber nur das leisten, was auch die Taggeldversicherung leisten müsste, und kann dieses Taggeld dann bei der Versicherung einfordern (THOMAS GEISER, Übersicht über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts, AJP 2016 S. 100 ff., S. 105). Der Arbeitgeber haftet insbesondere dafür, dass der Versicherungsvertrag mit den Bedingungen des Arbeitsvertrags kongruent ist. Dies gilt sowohl bezüglich der Höhe der Leistungen als auch des sachlichen Deckungsumfanges (CHRISTOPH HÄBERLI/DAVID HUSMANN, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, Bern 2015, S. 141). Das Arbeitsgericht Zürich geht regelmässig und seit Langem von einer Vorleistungspflicht der Arbeitgeberin aus (statt vie-

ler: Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2005, Nr. 7; Urteil vom 21. Oktober 2010, AN080919; vgl. dazu auch Urteil des Kantonsgerichtes Basel-Landschaft vom 11. November 2003 in JAR 2004, S. 418 ff.; Hans-Peter Egli, Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz gemäss Art. 324a OR, in AJP 9/2000, S. 1077). Dem Arbeitnehmer steht zwar gemäss KVG und VVG ein direktes Forderungsrecht gegen den Versicherer zu, er verliert aber den Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber nicht. Für diese Lösung spricht im Übrigen auch Art. 19 Abs. 2 ATSG, wonach der Arbeitgeber die Taggelder bei der Versicherung einfordern kann, soweit er selber Leistungen in der Höhe der Taggelder an den Arbeitnehmer ausrichtet. Die Leistungspflicht der Beklagten entfällt damit erst, wenn die Versicherung auch tatsächlich bezahlt.

1.2.4.2. Würdigung

Wie vorgehend unter E. III.1.1.5 festgestellt, war der Kläger infolge Krankheit vom 21. Oktober 2015 bis und mit 15. Dezember 2015 zu 100% arbeitsunfähig und der Entscheid der Krankentaggeldversicherung, die Leistungen zu verweigern, beruhte auf einer unzureichenden Grundlage.

Das Gesetz erlaubt es bloss mit einer gleichwertigen Lösung von der gesetzlichen Regelung abzuweichen. In casu wäre die Lösung aber nicht gleichwertig, wenn der Kläger seinen Anspruch – aufgrund der bestehenden Taggeldversicherung der Beklagten – nicht direkt bei der Beklagten geltend machen könnte. Denn hätte die Beklagte keine Taggeldversicherung abgeschlossen, wäre die Rechtslage für den Kläger günstiger, da ihn kein Prozessrisiko treffen würde.

Auch der LMV hält in Art. 64 Abs. 1 fest: "*Mit den Taggeldleistungen* des Kollektivversicherers ist die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nach Art. 324a und 324b OR vollumfänglich abgegolten.". Vorliegend leistete die G._____ AG aber nicht, womit die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nicht abgegolten ist.

Einzig eine Verletzung der Mitwirkungspflichten seitens des Klägers könnte die Beklagte von ihrer Vorleistungspflicht befreien. Die Leistungsverweigerung der

G._____ AG erfolgte jedoch nicht, weil der Kläger seine Mitwirkung verweigerte, sondern aufgrund des von seiner Hausärztin, Dr. med. E._____, nur rudimentär ausgefüllten Formulars. Der Kläger wusste nicht, dass der ablehnende Entscheid der G._____ AG v.a. aufgrund des bloss rudimentär ausgefüllten Formulars erfolgte und durfte nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass seine Hausärztin dieses Formular gewissenhaft, unter Angabe der Abklärungen bei den beiden Spezialisten, ausfüllen würde und alle nötigen Angaben der G._____ AG zur Verfügung gestellt hatte. Diesbezügliche Ausführungen machte denn auch die Vertrauensärztin der G._____ AG (act. 47 S. 4).

Ausserdem forderte die G._____ AG den Kläger nicht zu einer weiteren Mitwirkung auf, sondern erwähnte nur, dass ohne *neue* medizinische Tatsachen, keine Leistungen erbracht werden können (act. 32). Da der Kläger davon ausgehen konnte, dass seine Hausärztin das Formular gewissenhaft und mit allen nötigen Angaben ausgefüllt hatte, gab es aus seiner Sicht auch keine *neuen* medizinischen Tatsachen. Die Rechtsvertreterin des Klägers hielt die Krankentaggeldversicherung mit Schreiben vom 10. Februar und 26. Februar 2015 dazu an, Einsicht in die vollständigen Akten zu erhalten (act. 5/16). Erst am 11. März 2016 sandte die G._____ AG der klägerischen Rechtsvertreterin die angeforderten Akten zu. Zu diesem Zeitpunkt hätte der Kläger zwar die Möglichkeit gehabt, die unvollständigen Angaben seiner Hausärztin zu ergänzen, das Verfahren war jedoch bereits rechtshängig (act. 3 S. 2). Eine Verletzung von Mitwirkungspflichten des Klägers, welche die Beklagte von ihrer Leistungspflicht entbunden hätte, kann nach dem Gesagten nicht bejaht werden.

1.2.5. Zwischenfazit

Nach dem Gesagten ist die Beklagte nicht von ihrer Leistungspflicht entbunden. Sie ist betreffend die Bezahlung von Krankentaggeld vorleistungspflichtig und hat dem Kläger den gemäss Art. 64 LMV darauf entfallenden Lohn zu vergüten.

2. Höhe des Lohnanspruches Oktober 2015 bis Januar 2016

Der Kläger macht Lohnansprüche für November bis Januar 2016 geltend (act. 11 S. 5 ff.). Da die Beklagte die Verrechnung, mit der von ihr geleisteten Zahlung für Oktober 2015 und November 2015 in der Höhe von Fr. 6'578.10 brutto geltend macht (act. 14 S. 12), sind in einem ersten Schritt die Lohnansprüche von Oktober 2015 bis Januar 2016 zu eruieren und in einem zweiten Schritt die bereits geleistete Zahlung der Beklagten davon in Abzug zu bringen sowie die erfolgten Zahlungen der Arbeitslosenkasse.

Der Kläger bezog vor der Kündigung einen Bruttolohn von Fr. 5'400.– monatlich (act. 13/8; act. 11 S. 2; Prot. S. 13). Für die Zeit vom 1. bis 20. Oktober 2015 hat der Kläger Fr. 3'475.85 brutto ($5'400.- / 21.75 * 14$) bzw. (abzüglich 6.225% AHV/IV/EO/ALV) **Fr. 3'259.50 netto** zugute. Ab der Erkrankung stehen dem Kläger noch 90% vom Bruttolohn zu, ergo monatlich Fr. 4'860.– ($5'400.- * 0.9$). Vom 21. bis 31. Oktober 2015 stehen dem Kläger, nach Abzug eines Karenztages (Art. 64 Abs. 3 lit. b LMV), **Fr. 1'564.15 brutto = netto** ($4'860.- / 21.75 * 7$) zu. Da auf das Krankentaggeld keine AHV/IV/EO/ALV-Beträge zu leisten sind und entsprechend keine Abzüge vorzunehmen sind, handelt es sich dabei um einen Brutto-gleich-netto-Betrag.

Da der Kläger im November 2015 vollumfänglich krank war, steht ihm Lohnersatz in der Höhe von **Fr. 4'860.– brutto = netto** zu.

Für den Monat Dezember 2015 steht dem Kläger bis und mit 15. Dezember 2015 ein halber Monatslohn zu, ausgehend von monatlichen Fr. 4'860.– ($5'400.- * 0.9$) somit **Fr. 2'430.– brutto = netto**. Vom 16. Dezember 2015 bis und mit 31. Dezember 2015 war der Kläger wieder arbeitsfähig, weshalb von 100% Lohn auszugehen ist. Er hat somit einen Anspruch für diese Zeit auf einen halben Monatslohn in Höhe von Fr. 2'700.– ($5'400 / 2$) brutto bzw. (abzüglich 6.225% AHV/IV/EO/ALV) **Fr. 2'531.95 netto**.

Aufgrund der durch die Sperrfrist verlängerten Kündigungsfrist hat der Kläger für den Monat Januar 2016 Anspruch auf einen vollen Monatslohn, mithin Fr. 5'400.–

brutto bzw. (abzüglich 6.225% AHV/IV/EO/ALV) **Fr. 5'063.85 netto** (vgl. zum Abzug des ALV-Taggeldes hinten in E. III.7. Fazit).

Als Zwischenergebnis hat der Kläger gegenüber der Beklagten einen Anspruch in Höhe von Fr. 11'575.85 brutto bzw. (abzüglich 6.225% AHV/IV/EO/ALV)

Fr. 10'855.30 netto sowie **Fr. 8'854.15 brutto = netto**.

Davon sind die ALV-Taggelder, die der Kläger erhalten hat, in der Höhe von Fr. 2'787.40 brutto bzw. Fr. 2'559.60 netto (Monat Dezember 2015; act. 13/4) und Fr. 3'185.60 brutto bzw. Fr. 2'926.05 netto (Monat Januar 2016; act. 13/5) in Abzug zu bringen (Art. 324 Abs. 2 OR), insgesamt Fr. 5'973.00 brutto bzw.

Fr. 5'485.65 netto (vgl. dazu hinten in E. III.7. Fazit).

Weiter sind die von der Beklagten bereits geleisteten Zahlungen für den Oktober 2015 und November 2015 in der Höhe von Fr. 6'578.10 brutto (Fr. 5'400.– brutto für Oktober 2015 und Fr. 1'178.10 brutto für November 2015) bzw. (abzüglich 6.225% AHV/IV/EO/ALV) **Fr. 6'168.60 netto** (act. 14 S. 11, act. 5/7, act. 5/6, act. 16/7) in Abzug zu bringen (vgl. dazu hinten in E. III.7. Fazit).

3. 13. Monatslohn

Der Kläger macht geltend, dass ihm für das Jahr 2015 ein 13. Monatslohn in der Höhe von Fr. 4'000.– zustehende (Prot. S. 5). In der Krankheitsanzeige an die G._____ AG vom 16. November 2015 habe die Beklagte sodann auch angegeben, dass dem Kläger der 13. Monatslohn zustehende (act. 11 S. 8). Die Beklagte stellt sich hingegen auf den Standpunkt, dass der Kläger gemäss Arbeitsvertrag vom 1. April 2014 keinen Anspruch auf den 13. Monatslohn habe. Ein 13. Monatslohn könne nur mittels Vertrag vereinbart werden. Die 8.33% auf der Krankmeldung seien keine Grundlage für eine solche Vereinbarung und könne nur so gemeint gewesen sein, dass dieser bereits im Lohn inkludiert gewesen sei (Prot. S. 6, 9, 22).

Unbestrittenermassen findet sich im Arbeitsvertrag vom 1. April 2014 keine Vereinbarung bezüglich eines 13. Monatslohns (act. 5/3). Ein solcher liesse sich grundsätzlich auch mündlich vereinbaren, wie dies auch bei der Lohnerhöhung

per Januar 2015 geschah, welche nicht im Arbeitsvertrag vermerkt ist (act. 5/3, act. 13/8, act. 11 S. 2, Prot. S. 13). F._____ hat mit dem Ausfüllen der Krankheitsanzeige an die G._____ AG am 16. November 2015 bestätigt, dass der Kläger einen 13. Monatslohn grundsätzlich zu Gute hat (act. 5/18). Dass damit – wie die Beklagte ausführt – die Inklusion des 13. Monatslohns gemeint sein soll, ist als Schutzbehauptung zu werten. Weitergehende Argumente oder Beweisofferten, welche diese Ansicht stützen könnten, fehlen. Folglich ist die Beklagte auf den Angaben in der Krankheitsanzeige zu behaften.

Im Übrigen sieht auch Art. 49 LMV einen Anspruch auf den 13. Monatslohn vor.

Für die Zeit nach der fristlosen Kündigung ergibt sich der Anspruch auf den 13. Monatslohn aus dem Schadenersatzanspruch aufgrund der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung. Der Arbeitnehmer hat gemäss Art. 337c Abs. 1 OR nicht nur Anspruch auf Ersatz des laufenden Gehalts, sondern auch auf alle Nebenleistungen, wie u.a. den 13. Monatslohn (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 2 zu Art. 337c OR).

Quantitativ blieb die Forderung des Klägers unbestritten. Angesichts der Dauer des Arbeitsverhältnisses von über einem Jahr ist der 13. Monatslohn in der angeforderten Höhe somit geschuldet, weshalb die Beklagte zu verpflichten ist, dem Kläger Fr. 4'000.– brutto bzw. (abzüglich 6.225% AHV/IV/EO/ALV) **Fr. 3'751.– netto** zu bezahlen.

4. Ferienlohnentschädigung

Der Kläger macht weiter eine Entschädigung für nicht bezogene Ferien und für Überstunden in der Höhe von Fr. 3'709.30 geltend (act. 11 S. 6 f.). Per September 2015 hatte der Kläger unbestrittenermassen einen Feriensaldo von 16 Tagen (act. 5/5, Prot. S. 13). Die Beklagte machte lediglich geltend, dass sie dem Kläger im September 2015 vier Ferientage ausbezahlt habe (act. 14 S. 11 f.). Die von der Beklagten ausbezahlten Ferientage wurden oben unter E. III.2. bereits in Abzug gebracht, weshalb der Feriensaldo der Lohnabrechnung vom Oktober 2015 un-

beachtlich ist und vom Feriensaldo per September 2015, mithin von 16 Tagen, auszugehen ist.

Art. 337c Abs. 1 OR spricht dem Arbeitnehmer Ersatz dessen zu, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist beendet worden wäre. Weil mit der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung das Arbeitsverhältnis rechtlich beendet wird, scheint es dogmatisch klar, dass den Arbeitnehmer keine Pflicht treffen kann, ein aufgelaufenes Ferienguthaben während der (hypothetischen) ordentlichen Kündigungsfrist zu beziehen. Das Bundesgericht stellt für die Frage der Zulässigkeit einer solchen Ferienkürzung auch auf die Dauer der Kündigungsfrist ab und setzt die Grenze für eine relativ kurze Kündigungsfrist, welche den Ferienbezug nach einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung normalerweise nicht zulässt, bei zwei bis drei Monaten. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, ob der Arbeitnehmer die Kündigungsfrist benötigt, um eine neue Stelle zu finden (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 18 zu Art. 337c OR m.w.H.).

Die ordentliche Kündigungsfrist im zu beurteilenden Arbeitsverhältnis betrug ab dem zweiten Dienstjahr zwei Monate (act. 5/3 S. 2), weshalb keine Ferienkürzung vorzunehmen ist. Gemäss Arbeitsvertrag hatte der Kläger Anspruch auf 20 Ferientage pro Jahr (act. 5/3 S. 1). Von Oktober 2015 bis Januar 2016 würden dem Kläger grundsätzlich 6.66 Ferientage ($1.66 \cdot 4$) zustehen. Infolge Krankheit und Unfall im Jahr 2015 von insgesamt 138 Tagen, sind – wie vom Kläger geltend gemacht – 5 Tage ($3 \cdot 1.66$) in Abzug zu bringen (Art. 329b Abs. 2 OR). Der Kläger hat folglich ab Oktober 2015 zusätzlich 1.64 Tage ($6.64 - 5$) Ferientage zugeute, was gesamthaft **17.64 Ferientage** ergibt (act. 11, S. 6 f.). Der Tageslohn des Klägers betrug Fr. 248.30 (Fr. 5'400.– / 21.75), womit sich ein Ferienentschädigungsanspruch in der Höhe von Fr. 4'380.– brutto ($248.30 \cdot 17.64$) bzw. (abzüglich 6.225% AHV/IV/EO/ALV) **Fr. 4'107.35 netto** ergibt.

5. Überstundenentschädigung

Der Kläger macht eine Überstundenentschädigung für 13.5 Stunden geltend (act. 11 Rz 20). Diese sind mit der Lohn- und Schlussabrechnung vom Oktober

2015 ausgewiesen (act. 5/6 und act. 16/7). Beim Monatslohn des Klägers von Fr. 5'400.– beträgt der Stundenlohn Fr. 29.35 (Fr. 5'400.– / 4.33 / 42.5). Dem Kläger ist folglich eine Überstundenentschädigung in der Höhe von Fr. 396.25 brutto (13.5 * Fr. 29.35) bzw. (abzüglich 6.225% AHV/IV/EO/ALV) **Fr. 371.60 netto** zuzusprechen.

6. Pönale

Der Kläger macht für die ungerechtfertigte fristlose Kündigung eine Entschädigung in der Höhe eines Monatslohnes von Fr. 5'400.– geltend. Das Verschulden der Beklagten wiege schwer, zumal der Kläger und seine Familie (mit drei noch kleinen Kindern) durch die fristlose Entlassung in grosse finanzielle Schwierigkeiten geraten seien. Zudem habe die Beklagte absichtlich Gründe für eine fristlose Entlassung konstruiert (act. 11 S. 7). Die Beklagte hält dem entgegen, dass dem Kläger nicht gelungen sei, besondere Gründe für die Zusprechung einer Pönale nachzuweisen (act. 14 S. 14).

Das Gericht kann im Falle einer ungerechtfertigten Entlassung den Arbeitgeber nach freiem Ermessen und unter Würdigung aller Umstände verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen; diese Entschädigung darf jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen (Art. 337c Abs. 3 OR).

Eine besonders hohe Strafwürdigkeit des Verhaltens der Beklagten ist im vorliegenden Fall nicht auszumachen. Zudem ist in die Waagschale zu werfen, dass das Arbeitsverhältnis bis zur fristlosen Entlassung noch nicht allzu lange, mithin rund 20 Monate, gedauert hat. Zu Ungunsten der Beklagten fällt belastend die Kündigung während andauernder Krankheit ins Gewicht. Die finanziellen Schwierigkeiten des Klägers und seiner Familie können nicht ins Gewicht fallen, da diese nicht substantiiert worden sind.

In Anbetracht dieser Umstände, rechtfertigt es sich, dem Kläger eine Entschädigung in der Höhe eines halben Monatslohnes, mithin **Fr. 2'700.–** (Fr. 5'400.–/2),

zuzusprechen. Auf diesen Betrag sind keine Sozialabzüge abzuführen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 15 zu Art. 337c OR).

7. Verzugszins

Der Kläger verlangt auf seine Forderungen 5% Zins seit 1. Dezember 2015 (Ziffer 1 bis 6 des eingangs erwähnten Rechtsbegehrens). Mit der fristlosen Entlassung wird das Arbeitsverhältnis in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht beendet, weshalb sämtliche Forderungen sofort fällig werden (Art. 339 Abs. 1 OR). Davon ist auch die Strafzahlung nach Art. 337c Abs. 3 OR erfasst (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 2 und N 4 zu Art. 339 OR). Der Anspruch aus ungerichtfertiger fristloser Kündigung ist sofort mit dem Zugang der Kündigung und nicht erst nach Ablauf der hypothetischen Kündigungsfrist fällig (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 3 zu Art. 337c). Nachdem die fristlose Kündigung am 9. November 2015 erfolgte, ist der geforderte Verzugszins von 5% seit dem 1. Dezember 2015 ausgewiesen (Art. 104 Abs. 1 OR).

8. Fazit

Zusammenfassend hat der Kläger somit einen Anspruch gegenüber der Beklagten auf Folgendes:

Was	Brutto		Netto		Brutto=Netto
Lohn (Okt. 15 - Jan. 16)	CHF	11'575.85	CHF	10'855.30	
Lohn während der Krankheit (Okt. 15 - Jan. 16)					CHF 8'854.15
13. Monatslohn	CHF	4'000.00	CHF	3'751.00	
Ferienentschädigung	CHF	4'380.00	CHF	4'107.35	
Überstundenentschädigung	CHF	396.25	CHF	371.60	
Pönale					CHF 2'700.00
Abzüglich geleistete Zahlungen der Beklagten	CHF	6'578.10	CHF	6'168.60	
Abzüglich ALV-Taggelder	CHF	5'973.00	CHF	5'485.65	
Total:	CHF	7'801.00	CHF	7'431.00	CHF 11'554.15

Dem Kläger stehen damit insgesamt **Fr. 7'431.00 netto** (Fr. 3'259.50 + 2'531.95 + 5'063.85 + Fr. 3'751.- + Fr. 4'107.35 + Fr. 371.60 - Fr. 6'168.60 - 5'485.65) sowie

Fr. 11'554.15 brutto = netto (Fr. 1'564.15 + Fr. 4'860.– + Fr. 2'430.00 + Fr. 2'700.–) zu. Zusätzlich ist 5% Verzugszins ab dem 1. Dezember 2015 geschuldet (siehe E. III.7).

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Der Streitwert des vorliegenden Verfahrens beläuft sich auf Fr. 22'526.30 (act. 11 S. 1), weshalb keine Verfahrenskosten erhoben werden (Art. 114 lit. c ZPO). Bei diesem Streitwert beträgt die Grundgebühr für die Parteientschädigung rund Fr. 4'200.–, die mit der Erarbeitung einer Klagebegründung bzw. -antwort sowie der Teilnahme an der Hauptverhandlung verdient ist (§ 4 Abs. 1 und § 11 Abs. 1 AnwGebV). Angesichts der Aufwendungen für das Beweisverfahren erscheint ein Zuschlag von insgesamt rund 50% als gerechtfertigt (§ 11 Abs. 2 und 3 AnwGebV). Die Parteientschädigung ist somit auf rund Fr. 6'300.– festzusetzen.

Die Prozesskosten sind nach dem Ausgang des Verfahrens aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Der Kläger obsiegt zu rund 85%, die Beklagte unterliegt demnach zu 15%. Die Beklagte ist somit zu verpflichten, dem Kläger eine auf rund 70% reduzierte Parteientschädigung in Höhe von Fr. 4'400.– zu bezahlen. Hinzu kommen antragsgemäss 8% MWST.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 7'431.00 netto (Fr. 13'774.00 brutto abzüglich 6.225% sowie abzüglich 5'485.65 netto ausbezahlte ALV-Taggelder) sowie Fr. 11'554.15 brutto = netto, jeweils nebst Zins zu 5% seit 1. Dezember 2015 zu bezahlen.

Im Mehrbetrag werden die Rechtsbegehren des Klägers abgewiesen.

2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 4'400.– zuzüglich MWST zu bezahlen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage einer Kopie von act. 72, 73 und 74.
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, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Dieser Entscheid ist rechtskräftig.

Zürich, 23. Oktober 2017

ARBEITSGERICHT ZÜRICH
3. Abteilung

Die Einzelrichterin:

Der Gerichtsschreiber: