

Arbeitsgericht Zürich

1. Abteilung



Geschäfts-Nr.: AN160037-L / U

Mitwirkend: Präsidentin lic. iur. R. Zefferer Stocker als Vorsitzende, der Arbeitsrichter Dr. iur. A. Iten und die Arbeitsrichterin lic. iur. K. Chanson sowie die Gerichtsschreiberin MIL S. Benke-Bruderer

Beschluss und Urteil vom 12. Mai 2017

in Sachen

A. _____,

Kläger

vertreten durch B. _____

gegen

C. _____ AG,

Beklagte

vertreten durch D. _____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 52'588.00 netto für die Monate Januar 2016 bis und mit Juli 2016 zzgl. 5% Zins seit dem 8. Februar 2016 zu bezahlen.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 19'513.39 netto für nicht bezogene Ferien- und Feiertage zzgl. 5% Zins seit dem 8. Februar 2016 zu bezahlen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Lasten der Beklagten."

Modifiziertes Rechtsbegehren:

(act. 6 S. 2, act. 24 S. 2, Prot. S. 6 und 14; sinngemäss)

1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 46'369.80 netto für die Monate Januar 2016 bis und mit Juli 2016 zzgl. 5% Zins seit dem 11. Februar 2016 zu bezahlen.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 19'432.15 netto für nicht bezogene Ferien- und Feiertage zzgl. 5% Zins seit dem 11. Februar 2016 zu bezahlen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Lasten der Beklagten.

Anträge der Beklagten:

(act. 18 S. 2, Prot. S. 12)

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 9'261.50 netto als Lohn für die Zeit vom 1. Januar bis 10. Februar 2016 zuzüglich 5% Zins ab 11. Februar 2016 zahlen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 14'416.90 netto für nicht bezogene Ferientage zuzüglich 5% Zins ab 11. Februar 2016 zu zahlen.
3. Im darüber hinausgehenden Umfang sei die Klage abzuweisen.
4. Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten eine angemessene Prozessentschädigung zuzüglich MWST zu zahlen.
5. Die Gerichtskosten seien den Parteien anteilmässig gemäss Obsiegen aufzuerlegen.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

Mit Eingabe vom 22. Juli 2016 (Eingangsdatum: 25. Juli 2016) liess der Kläger die vorliegende Klage mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren sowie entsprechende Beilagen einreichen (act. 1 und act. 5/1-12). Die Klagebewilligung des Friedensrichteramts der Stadt Zürich, Kreise [...], datiert vom 11. Mai 2016 (act. 3); die Frist von Art. 209 Abs. 3 ZPO wurde gewahrt. Mit Eingabe vom 5. August 2016 (Eingangsdatum: 8. August 2016) liess der Kläger seine bereits eingereichte Klage ergänzen, Ziffer 1 seines Rechtsbegehrens abändern und weitere Beilagen einreichen (act. 6-8). Mit Beschluss vom 22. August 2016 wurde dem Kläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in der Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten angesetzt (act. 9), welcher fristgemäss hierorts einging (act. 11). Mit Präsidialverfügung vom 21. September 2016 wurde der Beklagten Frist zur Einreichung der schriftlichen Klageantwort angesetzt (act. 12). Letztgenannte ging mitsamt Beilagen innert erstreckter Frist (act. 14) rechtzeitig hierorts ein (act. 16 und act. 20/1-6). In der Folge wurden die Parteien zur Hauptverhandlung auf den 28. März 2017 vorgeladen (act. 21). Anlässlich dieser erstatteten die Parteien Replik sowie Duplik (Prot. S. 5 ff.).

Das Verfahren erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

II. Sachverhalt

1. Bei der Beklagten handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, die die Erbringung von Dienstleistungen im Informatik- und Softwarebereich, insbesondere [...] bezweckt (act. 5/12). Der Kläger war ab 1. Januar 2014 für die Beklagte als Senior Product Manager tätig (act. 1 S. 4 und act. 5/1). Mit Arbeitsvertrag vom 9. März 2014 wurde ein jährlicher Bruttolohn in der Höhe von Fr. 126'000.–, zahlbar in zwölf monatlichen Raten von je Fr. 10'500.–, sowie eine Kündigungsfrist von sechs Monaten vereinbart (act. 5/1). Mittels einer mündlichen Vereinbarung wurde das Jahresgehalt des Klägers ab Juni 2015 auf brutto Fr. 150'000.–, zahl-

bar in zwölf monatlichen Raten von je Fr. 12'500.–, erhöht (act. 1 S. 3, act. 18 S. 3 und act. 5/2).

2. Am 28. Dezember 2015 informierte die Beklagte ihre Mitarbeiter per E-Mail darüber, dass aufgrund der fehlenden Auszahlung eines vereinbarten Darlehens gewisse Liquiditätsprobleme bestehen würden (act. 18 S. 4, act. 20/1 und act. 24 S. 6). Am 5. Januar 2016 erhielt der Kläger einen Teilbetrag seines Dezemberlohnes in der Höhe von Fr. 2'800.– ausbezahlt (act. 18 S. 4 und act. 20/3). Mit Schreiben vom 11. Januar 2016 – dessen wirksame Zustellung an die Beklagte umstritten ist – mahnte der Kläger die Beklagte, die ausstehende Lohnforderung für Dezember 2015 bis zum 18. Januar 2016 zu begleichen (act. 1 S. 6, act. 18 S. 6 und act. 5/6). Am Abend des 11. Januars 2016 teilte die Beklagte ihren Mitarbeitern per E-Mail mit, dass weitere Liquidität habe organisiert werden können und die ausstehenden Lohnzahlungen für Dezember 2015 schon bald bezahlt werden würden. Das primäre Ziel sei nun die Sicherung der Löhne für die Monate Januar und Februar 2016 (act. 18 S. 7, act. 20/2 und act. 24 S. 6). Am 12. Januar 2016 zahlte die Beklagte dem Kläger den ausstehenden Restbetrag des Dezemberlohnes in der Höhe von Fr. 8'433.15 aus (act. 1 S. 8, act. 18 S. 7 und act. 20/3).

3. Mit undatiertem Schreiben kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger im Januar 2016 unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist per 31. Juli 2016 (act. 1 S. 5, act. 18 S. 3 und act. 5/3). Die Beklagte legte dem Kläger zugleich einen neuen Arbeitsvertrag vor, der vom Kläger jedoch nie unterzeichnet wurde (act. 1 S. 5, act. 18 S. 3 und act. 5/4). Die Rechtmässigkeit dieser Änderungskündigung ist unbestritten (act. 1 S. 5 und act. 18 S. 3).

4. Mit Schreiben an die Beklagte vom 1. Februar 2016 mahnte der Kläger den ausstehenden Januarlohn und drohte mit der Niederlegung seiner Arbeit per 8. Februar 2016. Zudem verlangte er die Hinterlegung einer Sicherheit für die Löhne von Februar bis Juli 2016 sowie für Ferienlohn und behielt sich eine fristlose Kündigung gestützt auf Art. 337 OR ausdrücklich vor (act. 1 S. 6, act. 18 S. 7 f. und act. 5/7). Am 5. Februar 2016 überwies die Beklagte dem Kläger einen Teilbetrag seines Januarlohnes in der Höhe von Fr. 3'000.– (act. 1 S. 8, act. 18 S. 8

und act. 20/4). Mit Schreiben vom 8. Februar 2016 informierte der Kläger die Beklagte über seine Arbeitsniederlegung per sofort. Zudem setzte er der Beklagten eine Frist für die Hinterlegung einer Sicherheit für zukünftige Löhne bis zum 10. Februar 2016, unter Androhung einer fristlosen Kündigung wegen Lohngefährdung (act. 1 S. 7, act. 18 S. 8 und act. 5/8). Mit Schreiben vom 11. Februar 2016 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten fristlos (act. 6 S. 2, act. 18 S. 8 und act. 7).

5. Der Kläger verlangt Lohn für die Monate Januar bis Juli 2016 sowie eine Entschädigung für nicht bezogene Ferientage. Von der Beklagten wird anerkannt, dass der Kläger Anspruch auf ausstehenden Lohn sowie eine Entschädigung für die aufgelaufenen Ferientage bis zum 11. Februar 2016 habe (act. 18 S. 15 ff.). Die Beklagte beantragt die Abweisung der Klage im darüber hinausgehenden Umfang und macht verrechnungsweise eine Schadenersatzforderung gestützt auf Art. 337d OR geltend (act. 18 S. 2 und 17 sowie Prot. S. 12).

III. Klagereduktion und teilweise Klageanerkennung

1. Der Kläger hat den Streitwert seiner Forderung ursprünglich mit Fr. 81'157.42 brutto (abzüglich 7.5945 % Sozialabgaben: Fr. 74'993.90 netto) beziffert (act. 1 S. 3) und hat in der Folge seine Forderung gemäss Ziffer 1 des Rechtsbegehrens auf Fr. 46'369.80 netto sowie seine Forderung gemäss Ziffer 2 des Rechtsbegehrens auf Fr. 19'432.15 netto reduziert (act. 1 S. 2, act. 6 S. 2 und act. 24 S. 2, Prot. S. 14). Im Umfang von Fr. 9'191.95 netto ist das Verfahren daher als durch Klagerückzug erledigt abzuschreiben.

2. Die Beklagte anerkennt die klägerischen Ansprüche auf Lohn für Januar und Februar 2016 im Umfang von Fr. 9'261.50 netto sowie auf Ferienlohnentschädigung im Umfang von Fr. 14'416.90 netto ausdrücklich (act. 18 S. 15 ff.). Anlässlich der Hauptverhandlung anerkannte die Beklagte zudem, dass auf dem Kläger allfällig zustehenden Forderungen ein Vertragszins von 5% ab dem 11. Februar 2016 geschuldet sei (Prot. S. 12). Die Klageanerkennung hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids und das Verfahren ist daher im Umfang von insgesamt

Fr. 23'678.40 netto, zuzüglich 5% Zins seit 11. Februar 2016, abzuschreiben (Art. 241 Abs. 1 und 2 ZPO).

IV. Parteistandpunkte

1. Der Kläger stellt sich vorliegend auf den Standpunkt, dass seine fristlose Kündigung rechtmässig gewesen sei und er im Sinne einer Entschädigung Anspruch auf Lohn für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist habe. Die Beklagte sei zum Zeitpunkt der fristlosen Kündigung zahlungsunfähig gewesen bzw. der Kläger habe von ihrer Zahlungsunfähigkeit ausgehen dürfen. Der Kläger habe die Beklagte insgesamt drei Mal mit Schreiben vom 11. Januar 2016, 1. Februar 2016 und 8. Februar 2016 aufgefordert, die ausstehenden Lohnforderungen zu bezahlen sowie eine Sicherheit für die zukünftig bis im Juli 2016 anfallenden Lohnforderungen zu leisten (act. 1 S. 5 ff.). Ferner habe die Beklagte bereits früher Lohnzahlungen verspätet ausbezahlt, namentlich die Löhne für Januar 2014, Februar 2014, November 2014, Dezember 2014 und Januar 2015 (act. 24 S. 3 f.). Die Niederlegung der Arbeit und auch die fristlose Kündigung seien somit korrekt in Aussicht gestellt worden (act. 24 S. 6).

2. Die Beklagte stellt sich hingegen auf den Standpunkt, dass die fristlose Kündigung des Klägers ungerechtfertigt gewesen sei, sodass dem Kläger lediglich Lohn und Entschädigung der Ferientage bis zum 11. Februar 2016 zustehe (act. 18 S. 4 ff.). Die Beklagte räumt ein, dass sie die Löhne ihrer Arbeitnehmer für Dezember 2015 und Januar 2016 nicht rechtzeitig bezahlt habe (Prot. S. 7 f.). Dies aufgrund eines Liquiditätsengpasses, welcher von der Beklagten vorab angekündigt worden, zeitlich begrenzt und absehbar gewesen sei (act. 18 S. 11). Im Wissen darum hätte der Kläger an seiner Arbeitsniederlegung festhalten können und mindestens bis Ende des Monats Februar 2016 zuwarten müssen, um weitere Schritte wie die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses einleiten zu können (act. 18 S. 12 f. und Prot. S. 13 f.). Es werde mit Nichtwissen bestritten, dass bereits früher Lohnzahlungen verspätet erfolgt seien sollen (Prot. S. 7). Sodann habe die Beklagte das Schreiben des Klägers vom 11. Januar 2016 nicht erhalten (act. 18 S. 6 und 9).

3. Auf die weiteren Sachdarstellungen der Parteien wird im Einzelnen, soweit entscheiderelevant, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

V. Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung

Eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses setzt nach Art. 337 OR zwingend einen wichtigen Grund voraus. Ein solcher liegt insbesondere dann vor, wenn es dem Kündigenden nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist, das Arbeitsverhältnis bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin weiterzuführen.

Gemäss bundesgerichtlicher Praxis kann die Unzumutbarkeit der Weiterführung des Arbeitsverhältnisses nur bei besonders schweren Verfehlungen des Vertragspartners bejaht werden. Bei leichteren oder mittleren Vertragsverletzungen liegt der wichtige Grund nur vor, wenn diese trotz Verwarnungen wiederholt vorkamen. Die Verfehlungen müssen objektiv dazu geeignet sein, das gegenseitige Vertrauen, welches die Grundlage des Arbeitsverhältnisses bildet, zu zerstören oder schwer zu erschüttern. Zusätzlich verlangt das Bundesgericht, dass die Verfehlungen in subjektiver Hinsicht auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des Vertrauens geführt haben. Es ist von den Umständen des Einzelfalls abhängig, ob die Voraussetzung des wichtigen Grundes erfüllt ist. Hierbei sind insbesondere die Stellung und die Verantwortung der Arbeitnehmerin, die Natur und die Dauer des Arbeitsverhältnisses, die Art, Häufung und Schwere der Vertrauensstörung sowie einer allfälligen vorausgegangenen Verwarnung entscheidend (STREIFF/VON KAENEL/ RUDOLPH, Praxiskommentar Arbeitsvertrag, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, N 2 zu Art. 337 OR, S. 1097 ff.).

1. Lohngefährdung gemäss Art. 337a OR

1.1 Die Lohngefährdung im Sinne von Art. 337a OR ist eine der wichtigsten Konkretisierungen des "wichtigen Grundes" im Sinne von Art. 337 OR. Es ist dem Arbeitnehmer nicht zuzumuten, Arbeit zu verrichten, wenn keine Gewähr für die Lohnzahlung besteht (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 2 zu Art. 337a OR, S. 1135). Gestützt auf Art. 337a OR kann ein Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers fristlos auflösen, sofern ihm für seine

Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis nicht innert angemessener Frist Sicherheit geleistet wird.

Zahlungsunfähigkeit im Sinne von Art. 337a OR liegt nicht nur nach einer Konkursöffnung oder Pfändung vor, sondern auch bei Stellung eines Gesuches um Nachlassstundung oder wenn der Arbeitnehmer anderweitige Beweise für die Überschuldung hat, beispielsweise in Form massiver Zahlungsrückstände des Arbeitgebers. Nicht genügend ist hingegen eine bloss vorübergehende Illiquidität, die zu Verzögerungen in den Auszahlungen führt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 8 zu Art. 337a OR, S. 1141). Bei einem Arbeitgeber, welcher sowohl die Löhne seiner Arbeitnehmer als auch die Sozialversicherungszahlungen während längerer Zeit mit Verspätung bezahlte, und gegen den zahlreiche Beteiligungen eingeleitet worden waren, erachtete das Bundesgericht den Beweis der Zahlungsunfähigkeit als erbracht (BGer 4A_192/2008 vom 9. Oktober 2008 E. 6).

Auch wenn der Arbeitgeber zahlungsunfähig ist bzw. der Arbeitnehmer von der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers ausgehen darf, muss der Arbeitnehmer in einem ersten Schritt mahnen und dem Arbeitgeber eine Frist zur Sicherheitsstellung ansetzen, bevor er zur fristlosen Kündigung berechtigt ist. Die Frist darf durchaus kurz sein und lediglich drei bis sieben Tage betragen (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 7 zu Art. 337a OR, S. 1140 f.).

1.2 In Bezug auf die Zahlungsunfähigkeit macht der Kläger geltend, dass die Beklagte nach seinem Wissenstand im Januar 2016 erhebliche Zahlungsschwierigkeiten gehabt habe. Der Kläger habe gewusst, dass Mitarbeiter der Beklagten ihre Löhne im Januar und Februar 2016 nicht oder zumindest nicht vollständig erhalten hätten (act. 1 S. 5). Er sei im Januar 2016 von seinem Vorgesetzten und vom Buchhalter der Beklagten darüber informiert worden. Es sei unklar gewesen, ob die im E-Mail der Beklagten vom 28. Dezember 2015 erwähnte ausstehende Zahlung jemals erfolgen würde. Auch die E-Mail der Beklagten vom 11. Januar 2016 sei nicht geeignet gewesen, das Vertrauen der Mitarbeiter in die Zahlungsfähigkeit der Beklagten zu fördern (act. 24 S. 6). Zudem belege der aktuelle Beteiligungsregisterauszug der Beklagten vom 4. Juli 2016 ihre Zahlungsunfähigkeit (act. 1 S. 5). Ferner sei die Beklagte bereits früher mit Lohnzahlungen in Verzug

geraten (act. 24 S. 4 f.). Sodann seien die bisherigen Erfahrungen des Klägers mit den verantwortlichen Personen der Beklagten zu berücksichtigen. Er habe bereits bei der Vorgänger-Unternehmung der Beklagten gearbeitet und auch diese Firma habe mit Zahlungsschwierigkeiten gekämpft. So seien Lohnzahlungen aufgeschoben und Darlehen dafür gewährt worden. Die Beklagte habe diese Darlehen zwar übernommen, bisher aber nie zurückbezahlt (act. 24 S. 6 f.).

1.3 Die Beklagte macht geltend, dass im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung lediglich ein vorübergehender Liquiditätsengpass aber keine Zahlungsunfähigkeit vorgelegen habe (Prot. S. 9). Der vom Kläger eingereichte Betreuungsauszug verdeutliche dies. Massgeblich bzw. zu berücksichtigen wären von vornherein nur Betreibungen, die vor Ende Januar 2016 eingeleitet worden seien. Bei den relevanten drei Forderungen handle es sich um unberechtigte und bestrittene Forderungen, gegen die sich die Beklagte zu Wehr gesetzt habe und die gerichtlich zu entscheiden seien (act. 18 S. 5). Sodann werde mit Nichtwissen bestritten, dass bereits frühere Lohnzahlungen verspätet erfolgt sein sollen (Prot. S. 7). Die Vorbringen des Klägers hinsichtlich der Vorgängerin der Beklagten seien für das vorliegende Verfahren irrelevant. Die Beklagte sei damals bereit gewesen, die Forderung des Klägers zu übernehmen, eine entsprechende Vereinbarung sei zwischenzeitlich aber aufgehoben worden, sodass die Beklagte dem Kläger diesbezüglich nichts mehr schulde (Prot. S. 9 f.).

1.4 Die – von der Beklagten bestrittenen – Ausführungen des Klägers hinsichtlich Verspätungen bei Lohnzahlungen über ein Jahr vor der fristlosen Kündigung (Lohnzahlungen für Januar 2015 sowie frühere Lohnzahlungen) gehen fehl. Die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers muss im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung bestanden haben. Eine allfällige Zahlungsunfähigkeit vorher oder nachher tut nichts zur Sache. Aus dem gleichen Grund sind auch die behaupteten Zahlungsschwierigkeiten der Vorgängerin der Beklagten unbeachtlich. Allfällige sich aus dem eingereichten Betreibungsregisterauszug der Beklagten ergebenden Hinweise wurden zudem nicht substantiiert, sodass sich Weiterungen dazu erübrigen.

Der einzige vom Kläger konkret vorgebrachte Hinweis auf eine allfällige Zahlungsunfähigkeit der Beklagten im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung betrifft dem-

nach die Ausstände bei den Lohnzahlungen für Dezember 2015 und Januar 2016. Es ist – wie bereits erwähnt – unbestritten, dass die Beklagte die Löhne sämtlicher Mitarbeiter für Dezember 2015 und Januar 2016 nicht rechtzeitig ausbezahlt hat. Aus diesem Umstand allein lässt sich jedoch noch nicht auf eine Zahlungsunfähigkeit der Beklagten schliessen. Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass die Beklagte dem Kläger im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung unbestrittenmassen den gesamten Dezemberlohn 2015 sowie eine Anzahlung an den Januarlohn 2016 geleistet hatte. Auch die Vorbringen des Klägers betreffend die von der Beklagten am 28. Dezember 2015 bzw. am 11. Januar 2016 an ihre Mitarbeiter gesendeten E-Mails vermögen seine Position nicht zu stützen. Eine Ankündigung von Liquiditätsproblemen kann nicht als Beweis einer bestehenden Zahlungsunfähigkeit gewertet werden.

1.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine allfällige Zahlungsfähigkeit der Beklagten selbst dann nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden könnte, falls alle substantiierten Behauptungen des beweisbelasteten Klägers der Wahrheit entsprechen sollten. Auf die Durchführung eines diesbezüglichen Beweisverfahrens ist somit zu verzichten. Die Rechtfertigung der fristlosen Kündigung des Klägers gestützt auf Art. 337a OR ist demnach ausgeschlossen.

2. Fristlose Kündigung nach Art. 337 OR

2.1 Greift Art. 337a OR nicht – beispielsweise mangels Zahlungsunfähigkeit – so kann eine fristlose Kündigung dennoch gestützt auf Art. 337 OR gerechtfertigt sein. Dies insbesondere dann, wenn sich der Arbeitgeber trotz Mahnung weigert, den Lohn auszubezahlen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 9 zu Art. 337 OR, S. 1117 ff., mit Hinweis auf BGer 4A_199/2008 vom 2. Juli 2008 E. 2). Erforderlich ist ein wiederholter Verzug oder eine beharrliche Zahlungsverweigerung trotz Fristansetzung. Ein erstmaliges Ausbleiben der fälligen Lohnzahlung für nur wenige Tage reicht nicht aus, um eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen (vgl. Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2009, Nr. 19). Entscheidend ist, ob das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien derart gestört ist, dass die sofortige und fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses als einziger Ausweg erscheint (BGE 116 142 E. 5c). Wurde bereits eine ordentliche Kündigung ausgesprochen,

so sind an eine fristlose Kündigung grundsätzlich erhöhte Ansprüche zu stellen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 2 zu Art. 337 OR, S. 1099 f.).

2.2 Der Kläger befand sich im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung unbestrittenermassen in einem ordentlich per 31. Juli 2016 gekündigten Arbeitsverhältnis. Zu beachten ist allerdings, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch den Kläger, sondern von der Beklagten gekündigt worden war. Das Argument der Beklagten, wonach der Kläger die Kündigung selbst verschuldet habe, indem er den ihm angebotenen neuen Arbeitsvertrag nicht unterzeichnet habe (act. 18 S. 12), geht ins Leere. Anders als von der Beklagten geltend gemacht, war der dem Kläger im Januar 2016 vorgelegte neue Arbeitsvertrag nicht "grundsätzlich derselbe wie der alte" (act. 18 S. 12). Insbesondere sah dieser neue Arbeitsvertrag anstatt der äusserst grosszügigen Kündigungsfrist von sechs Monaten lediglich eine solche von einem Monat vor (vgl. act. 5/1 Ziff. 4 und act. 5/4 Ziff. 11). Vor diesem Hintergrund sind an die fristlose Kündigung des Klägers trotz des bereits gekündigten Arbeitsverhältnisses keine erhöhten Ansprüche zu stellen. Dies auch deshalb, weil das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung noch rund ein halbes Jahr bis zum ordentliche Kündigungstermin am 31. Juli 2016 fortgedauert hätte.

2.3 Die Beklagte bezahlte den Lohn für Dezember 2015 unbestrittenermassen erst am 12. Januar 2016 vollständig aus. Mangels anderer Regelung im abgeschlossenen Arbeitsvertrag wäre der Lohn des Klägers jedoch Ende Monat fällig gewesen (Art. 323 Abs. 1 OR). Somit bezahlte die Beklagte den Dezemberlohn 2015 erst mit erheblicher Verspätung. Umstritten ist, ob die Beklagte den Dezemberlohn erst nach Mahnung durch den Kläger per Schreiben vom 11. Januar 2016 (act. 5/6) ausbezahlte. Die Beklagte bestreitet den Erhalt dieses Schreibens, obwohl sie anerkennt, dass dieses durch einen ihrer damaligen Angestellten entgegen genommen worden ist (act. 18 S. 6 und Prot. S. 8 f.). Die Frage betreffend die rechtsgültige Zustellung des Schreibens vom 11. Januar 2016 kann indes offen bleiben. Wie nachfolgend ausgeführt wird, wäre die Kündigung selbst bei erfolgreicher Zustellung des Schreibens vom 11. Januar 2016 als voreilig anzusehen. Bei Annahme der erfolgreichen Zustellung wäre die vollständige Bezahlung

des Dezemberlohnes 2015 lediglich einen Tag nach Erhalt der Mahnung des Klägers und somit ganz am Anfang der vom Kläger gesetzten Frist erfolgt (act. 5/6 und act. 20/3).

2.4 Unbestrittenermassen bezahlte die Beklagte auch den Lohn für Januar 2016 nicht rechtzeitig aus. Allerdings ist zu beachten, dass im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung des Klägers weniger als ein Monatslohn, nämlich der Januarlohn 2016 abzüglich des geleisteten Teilbetrags von Fr. 3'000.–, ausstehend war (act. 1 S. 8, act. 20/4). Dies hielt der Kläger im Schreiben zur fristlosen Kündigung explizit fest, indem er unter dem Titel offenen Lohn einen Betrag von Fr. 8'233.15 (Fr. 11'233.15 – Fr. 3'000.–) forderte (act. 7). Der Kläger kündigte sodann nur drei Tage nach Ablauf der bis am 8. Februar 2016 angesetzten Frist für die Bezahlung des Januarlohnes fristlos. Die Beklagte hatte dem Kläger ihre Zahlungswilligkeit im Vorfeld der fristlosen Kündigung bereits mehrfach signalisiert. Mit den E-Mails vom 28. Dezember 2015 sowie vom 11. Januar 2016 informierte sie über die bestehenden Liquiditätsprobleme und betonte die hohe Priorität der Sicherung der zukünftigen Lohnzahlungen (act. 18 S. 4 und 7, act. 20/1-2 sowie act. 24 S. 6). Zudem leistete sie sowohl am 5. Januar 2016 als auch am 5. Februar 2016 Anzahlungen auf die ausstehenden Löhne (act. 1 S. 8, act. 18 S. 4 und 8 sowie act. 20/3-4). Den Dezemberlohn 2015 beglich sie sodann am 12. Januar 2016 vollständig (act. 20/3).

Die fristlose Kündigung des Klägers erfolgte nach dem Gesagten voreilig. Auch unter Berücksichtigung der erheblichen Verspätung bzw. des Verzugs bei der Bezahlung des Dezemberlohnes 2015 und des Januarlohnes 2016, ist die Vertragsverletzung der Beklagten nicht als derart schwer anzusehen, dass sie eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses bereits am 11. Januar 2016 unzumutbar gemacht hätte. Der Kläger war zweifellos berechtigt, die Arbeit am 8. Februar 2016 niederzulegen. Bei bereits niedergelegter Arbeit wäre dem Kläger allerdings ein längeres Zuwarten als lediglich drei Tage (vom 8. Februar bis zum 11. Februar 2015) zumutbar gewesen (vgl. Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2009, Nr. 19; Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2008, Nr. 25).

Auch die – von der Beklagten bestrittenen – Ausführungen des Klägers hinsichtlich Verspätungen bei der Lohnzahlung für Januar 2015 und bei früheren Lohnzahlungen vermögen an dieser Einschätzung nichts zu ändern. Einerseits liegen zwischen diesen behaupteten Zahlungsverpätungen und der fristlosen Kündigung mehrere Monate, während derer der Lohn des Klägers unbestrittenermassen rechtzeitig ausbezahlt wurde (act. 18 S. 4 und act. 24 S. 3). Andererseits macht der Kläger nicht geltend, dass er die Beklagte im Zusammenhang mit diesen früheren Verspätungen jemals gemahnt habe (act. 24 S. 3 ff.). Demnach ist auch kein diesbezügliches Beweisverfahren durchzuführen.

2.5 Die fristlose Kündigung des Klägers am 11. Februar 2015 war somit voreilig und damit ungerechtfertigt.

VI. Rechtsfolgen der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung

1. Erfolgt die fristlose Kündigung eines Arbeitnehmers zu Unrecht, so stehen diesem nur noch allfällige Ansprüche bis zum Datum der fristlosen Kündigung zu. Ferner steht es dem Arbeitgeber offen, allfällige Schadenersatzansprüche gegen den Arbeitnehmer geltend zu machen. Art. 337d OR erlaubt es dem Arbeitgeber, pauschal einen Viertel des Monatslohnes als Schadenersatz einzufordern, ohne dass ihn eine Beweislast für den Schaden trifft, falls der Arbeitnehmer die Arbeitsstelle ohne wichtigen Grund verlässt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 4 zu Art. 337d OR, S. 1179 f.). Gestützt auf Art. 337b Abs. 2 OR kann der Richter die vermögensrechtlichen Folgen von Schadenersatzforderungen jedoch nach seinem Ermessen regeln, wenn keine der Parteien die fristlose Auflösung schuldhaft herbeigeführt hat oder wenn beide Parteien gleicherweise ein Verschulden trifft (Entscheidung des Arbeitsgerichts Zürich 2005, Nr. 23)

2. Wie bereits ausgeführt, hat die Beklagte die Lohnforderungen des Klägers im Umfang von Fr. 9'261.50 netto anerkannt. Dieser Betrag entspricht den ausstehenden Lohnforderungen des Klägers bis zum 11. Februar 2016, abzüglich einem von der Beklagten geltend gemachten Schadenersatzanspruch in der Höhe von Fr. 3'125.– (act. 1 S. 10 und act. 18 S. 15). Im Quantitativ blieb die Berech-

nung der Beklagten unbestritten. Zuzufolge ungerechtfertigter fristloser Kündigung stehen dem Kläger zudem keine Lohnansprüche nach dem 11. Februar 2016 zu. Somit ist einzig zu prüfen, ob der Abzug von Fr. 3'125.– gerechtfertigt ist.

3. Die Beklagte rechtfertigt den Abzug von Fr. 3'125.– aufgrund Verrechnung mit einer ihr gestützt auf Art. 337d Abs. 1 OR zustehenden Schadenersatzforderung in der Höhe eines Viertels des Bruttomonatslohnes des Klägers (act. 18 S. 14 f.). In Anbetracht der Vertragsverletzung der Beklagten aufgrund Verspätung bzw. Verzug bei den Lohnzahlungen für Dezember 2015 und Januar 2016 erscheint ein Schadenersatzanspruch der Beklagten vorliegend allerdings als nicht gerechtfertigt. Dies insbesondere in Anbetracht dessen, dass der Kläger zur Arbeitsniederlegung berechtigt war und seine fristlose Kündigung zwar voreilig, aber nicht völlig ohne Grund erfolgte. In Anwendung des durch Art. 337b Abs. 2 OR gewährten Ermessens ist der Beklagten demnach kein Schadenersatz zuzusprechen. Der geltend gemachte Lohnabzug ist nicht gerechtfertigt. Dem Kläger sind (zusätzlich zu den bereits durch die Beklagte anerkannten Lohnforderungen) Fr. 3'125.– zuzusprechen. Anerkanntermassen schuldet die Beklagte dem Kläger auf diesem Betrag zudem Zins zu 5 % seit 11. Februar 2016.

VII. Ferienlohnschädigung

Wie bereits erwähnt, hat die Beklagte die Ferienlohnforderungen des Klägers im Umfang von Fr. 14'416.90 netto anerkannt. Dieser Betrag entspricht der Entschädigung der vom Kläger geltend gemachten bis zum 11. Februar 2016 aufgelaufenen Ferientage (18 S. 16 f.). Im Quantitativ blieb die Berechnung der Beklagten unbestritten und wurde teilweise sogar ausdrücklich durch den Kläger akzeptiert (act. 24 S. 9 und Prot. S. 15). Zuzufolge ungerechtfertigter fristloser Kündigung steht dem Kläger zudem keine Entschädigung für nach dem 11. Februar 2016 aufgelaufene Ferientage zu. Dem Kläger ist somit kein zusätzlicher Ferienlohn zuzusprechen.

VIII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Aufgrund des angegebenen Streitwerts von Fr. 81'157.42 (act. 1 S. 3) ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 8'000.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und 2 GebV OG). Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Gerichtskosten dem Kläger zu 2/3 und der Beklagten zu 1/3 aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die Gerichtsgebühr ist aus dem vom Kläger geleisteten Vorschuss zu beziehen, wobei die Beklagte gestützt auf Art. 111 Abs. 2 ZPO zu verpflichten ist, dem Kläger den Prozesskostenvorschuss im Umfang des von ihr geschuldeten Anteils an den Prozesskosten von Fr. 2'667.– zu ersetzen.
2. Die Grundgebühr der Parteientschädigung beträgt gemäss § 4 AnwGebV beim genannten Streitwert Fr. 10'552.– (inkl. Mehrwertsteuer) und ist mit Erarbeitung der Begründung oder der Beantwortung der Klage verdient. Sie deckt zudem den Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 AnwGebV). Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 3'517.– (antragsgemäss inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

Das Gericht beschliesst:

1. Das Verfahren wird im Umfang von Fr. 9'191.95 netto als durch Klagerückzug erledigt abgeschlossen.
2. Das Verfahren wird im Umfang von Fr. 23'678.40 netto, zuzüglich Zins zu 5% seit 11. Februar 2016, als durch Klageanerkennung erledigt abgeschlossen.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 3'125.– netto, zuzüglich Zins zu 5% seit 11. Februar 2016, zu bezahlen.

Im Mehrbetrag wird die Klage – soweit sie nicht als durch Klagerückzug und Klageanerkennung erledigt abgeschrieben wurde – abgewiesen.

2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'000.– festgesetzt.

Die Gerichtskosten werden dem Kläger zu 2/3 und der Beklagten zu 1/3 auferlegt.

Die Gerichtskosten werden aus dem von dem Kläger geleisteten Vorschuss bezogen.

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den Prozesskostenvorschuss im Umfang von Fr. 2'667.– zu ersetzen.

3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 3'517.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage des Doppels von act. 28, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von act. 29.
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.

Zürich, 12. Mai 2017

ARBEITSGERICHT ZÜRICH
1. Abteilung

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Zefferer Stocker

MIL S. Benke-Bruderer