

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA110012-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur. G. Kenny

Urteil vom 4. September 2011

in Sachen

A._____ GmbH,

Beklagte, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____,

Kläger, Berufungsbeklagter und Anschlussberufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____,

betreffend **Forderung (Arbeitsrecht)**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 26. Januar 2011
(CG090077)**

Rechtsbegehren:

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 16'772.– brutto (abzüglich gesetzliche Sozialabgaben) nebst Zins zu 5% seit 3.2.2009 zu bezahlen."
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 15'000.– nebst Zins zu 5% seit 3.2.2009 zu bezahlen.
3.(Verpflichtung zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses)
4.(Verpflichtung zur Ausstellung einer Arbeitsbestätigung)"

Beschluss des Bezirksgerichts Meilen vom 26. Januar 2011:

1. Das Verfahren wird im Umfang der Rechtsbegehren Ziffern 3 und 4 als durch Anerkennung der Klage erledigt abgeschlossen.
2. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen erfolgt mit nachfolgendem Urteil.
3. ... (Mitteilung)
4. ... (Rechtsmittel)

Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 26. Januar 2011 :

- "1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger CHF 14'392.40 brutto zuzüglich 5% Zins seit 3. Februar 2009 und zu bezahlen. Dieser von der Beklagten zu leistende Bruttobetrag reduziert sich um die folgenden, auf den Kläger entfallenen Sozialversicherungsbeiträge, soweit die Beklagte nachweist, dass sie diese an die zuständigen Behörden abgeführt hat :
- AHV (5.05%)
 - AIV (1%)
 - NBU (2.12%)
 - GAV (0.4%)
 - KTG-Prämie (1.08%).
2. Die Beklagte wird weiter verpflichtet, dem Kläger CHF 8'400.– zuzüglich 5% Zins seit 3. Februar 2009 zu bezahlen.
3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen, soweit das Verfahren nicht bereits als durch Klageanerkennung erledigt abgeschlossen wurde.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 5'900.–.
5. Die Kosten werden zu einem Viertel dem Kläger und zu drei Vierteln der Beklagten auferlegt.

6. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Prozessentschädigung von CHF 4'000.– zuzüglich 7.6% Mehrwertsteuer zu bezahlen sowie $\frac{3}{4}$ der Weisungskosten von CHF 525.–, d.h. CHF 393.75, zu ersetzen.

7. ... (Schriftliche Mitteilung)

8. ... (Berufung)

Berufungsanträge:

1. Hauptberufung

der Beklagten und Hauptberufungsklägerin (Urk. 2):

1. Das vorinstanzliche Urteil sei vollumfänglich aufzuheben und die Klage sei abzuweisen;
2. Eventualiter sei die Klage zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
3. Es sei die aufschiebende Wirkung aufrechtzuerhalten und ein allfälliger Antrag des Klägers und Berufungsbeklagten auf vorläufige Vollstreckung abzuweisen.
4. Eventualiter sei die vorläufige Vollstreckung von der Leistung einer angemessenen Sicherheit abhängig zu machen.
5. Es sei der Beklagten und Berufungsklägerin bei Antrag des Klägers und Berufungsbeklagten auf vorläufige Vollstreckung Frist zur Stellungnahme anzusetzen.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) zu Lasten des Klägers und Berufungsbeklagten.

des Klägers und Hauptberufungsbeklagten (Urk. 13):

1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MWST) zu Lasten der Beklagten.

2. Anschlussberufung

des Klägers, Hauptberufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägers (Urk. 13):

1. Es sei Ziff. 3 des Urteils vom 26.1.2011 des Bezirksgerichts Meilen abzuändern und die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger entsprechend dem Klagebegehren vom 13.11.2009 CHF 15'000.– zuzüglich 5% seit 3.2.2009 zu bezahlen.

2. Entsprechend sei die Kostenfolge gemäss Ziff. 5 und 6 des Urteils neu zu regeln sowie die von der Beklagten an den Kläger zu entrichtende Prozessentschädigung gemäss Ziff. 6 entsprechend zu erhöhen.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MWST) zu Lasten der Beklagten.

der Beklagten, Hauptberufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagten (Urk. 15) :

1. Die Anschlussberufung sei abzuweisen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MWST) zulasten des Klägers, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungskläger.

Erwägungen:

I.

1. Am 26. Januar 2011 erliess das Bezirksgericht Meilen den eingangs erwähnten Beschluss und das Urteil. Gegen das Urteil erhob die Beklagte am 1. März 2011 rechtzeitig Berufung mit Einreichung einer begründeten Berufungsschrift mit den eingangs erwähnten Anträgen (Urk. 2). Mit Verfügung vom 3. März 2011 wurde von der Beklagten und Berufungsklägerin (nachfolgend nur noch Beklagte) ein Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– verlangt, welcher am 17. März 2011 rechtzeitig geleistet wurde (Urk. 9). Am 12. Mai 2011 erstattete der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend nur noch Kläger) die Berufungsantwort und erhob Anschlussberufung (Urk. 13). Die Anschlussberufungsantwort traf am 17. Juni 2011 bei der erkennenden Instanz ein (Urk. 15) und wurde am 10. August 2011 der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 16).

2. Das vorliegende Berufungsverfahren betreffend das am 26. Januar 2011 erlassene Urteil untersteht den Regeln der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Zivilprozessordnung (Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH).

3. Gegenstand des Berufungsverfahrens bilden nur noch die finanziellen Klagebegehren des Klägers im selben Umfang, wie sie vor Vorinstanz streitig waren. Die Zeugnisbegehren des Klägers sind durch Anerkennung und den rechtskräftig gewordenen Abschreibungsbeschluss der Vorinstanz vom 26. Januar 2011 definitiv erledigt.

Der Kläger hat in seiner Berufungsantwort keine Anträge hinsichtlich einer vorläufigen Vollstreckung des angefochtenen Urteils gestellt. Damit sind die diesbezüglichen, vorsorglich gestellten Berufungsanträge der Beklagten (Berufungsanträge 3 - 5) gegenstandslos und es ist nicht weiter darauf einzugehen.

II.

Der Kläger war bei der Beklagten seit 1. November 2007 als Gebäude- und Unterhaltsreiniger im Monatslohn angestellt. Am Montagmorgen, 5. Januar 2009, dem ersten Arbeitstag im Jahr 2009, legte der zur Arbeit erschienene Kläger seine Arbeit nieder und ging nach hause, weil er zu diesem Zeitpunkt noch nicht über den Dezemberlohn 2008 verfügte. Die Lohngutschrift erfolgte im späteren Verlaufe des Tages, so dass der Kläger seine Arbeit am 6. Januar 2009 wieder aufnahm. Ob der Kläger wegen der Arbeitsniederlegung durch die Beklagte verwahrt und ihm für den Wiederholungsfall die fristlose Entlassung angedroht wurde, ist umstritten (Urk. 10 S. 8, Prot. I S. 9).

Am Montagmorgen, 2. Februar 2009, kündete der zur Arbeit erschienene Kläger von seinem Einsatzort aus erneut per SMS seine Arbeitsniederlegung an, weil er bis dahin den Januarlohn - unbestrittenermassen - noch nicht überwiesen erhalten hatte. Darauf sprach die Beklagte noch gleichentags die fristlose Entlassung des Klägers aus, zunächst mündlich und am 3. Februar 2009 auch noch schriftlich, unter Hinweis auf das wiederholte unbegründete Verlassen der Arbeit (Urk. 4/5).

Mit der vorliegenden Klage fordert der Kläger wegen ungerechtfertigter fristloser und missbräuchlicher Entlassung zunächst den Lohn für die Zeit ab 2. Februar 2009 bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist, unter Anrechnung der während dieser Zeit bezogenen Unfalltaggelder und Arbeitslosengelder. Diese Forde-

rung wurde von der Vorinstanz auf Fr. 14'392.40 brutto berechnet und gutgeheissen.

Weiter fordert der Kläger eine Strafzahlung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung im Umfang von Fr. 15'000.– bzw. rund dreieinhalb Monatslöhnen. Die Vorinstanz hat ihm zwei Monatslöhne bzw. Fr. 8'400.– zugesprochen. Der Kläger fordert mit seiner Anschlussberufung erneut eine Strafzahlung von Fr. 15'000.– anstelle der ihm zugesprochenen Fr. 8'400.– .

Die Beklagte bestreitet auch im Berufungsverfahren jede Entschädigungspflicht; sie habe den Kläger zu Recht fristlos entlassen.

III.

1. Die Vorinstanz kam zum Schluss, die fristlose Entlassung des Klägers am 2. Februar 2009 sei nicht gerechtfertigt gewesen.

Sie ging im wesentlichen davon aus, dass der Lohn des Klägers spätestens jeweils am letzten Tag des Kalendermonats fällig gewesen sei und in dessen Verfügungsbereich hätte sein müssen. Die - behauptete und bestrittene - Vereinbarung eines Fälligkeitstermins am 5. des nachfolgenden Kalendermonats wäre rechtlich nicht zulässig. Der Dezemberlohn sei am 5. Januar 2009 daher klar verspätet ausbezahlt worden und die Arbeitsniederlegung zulässig gewesen. Hingegen habe sich die Fälligkeit des Januarlohnes wegen des Wochenendes - der 31. Januar 2009 war ein Samstag - bis Montag, 2. Februar erstreckt. Der Kläger habe daher am 2. Februar die Arbeit noch nicht niederlegen dürfen. Da die Arbeitsniederlegung am 5. Januar 2009 berechtigt gewesen sei und der Kläger somit am 2. Februar 2009 erstmals unentschuldigt der Arbeit ferngeblieben sei, rechtfertige dies eine fristlose Entlassung noch nicht. Im vorliegenden Fall decke sich der Vorwurf der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung mit den Gründen, die allenfalls für eine missbräuchliche Kündigung herangezogen werden könnten. Eine zusätzliche Sanktion wegen missbräuchlicher Kündigung komme nicht in Frage. Den entschädigungspflichtigen Lohnausfall des Klägers bezifferte die Vorinstanz auf Fr. 14'392.40 brutto. Hinsichtlich der Strafzahlung berücksichtigte die

Vorinstanz die wirtschaftlichen Auswirkungen der Kündigung für den Kläger, die eher kurze Dauer des Anstellungsverhältnisses sowie eine leicht wiegende Arbeitspflichtverletzung am 2. Februar 2009. Dies führte zur Bemessung der Strafzahlung auf 2 Monatslöhne (Urk. 3).

2. Die Beklagte behauptet auch im Berufungsverfahren im wesentlichen, es sei zwischen den Parteien mündlich eine Fälligkeit der Lohnzahlungen jeweils am 5. Kalendertag des Folgemonats vereinbart worden. Eine solche Zahlungsterminvereinbarung sei zulässig, wenn der Lohn regelmässig stets an diesem Tag ausbezahlt werde. Mit Ausnahme des ersten Anstellungsmonats werde der Arbeitnehmer auch so jeweils für jede monatliche Periode am Schluss der Periode bezahlt. Wenn die Beklagte in früheren Anstellungsmonaten den Lohn mitunter auch bereits am 29., 30. oder 31. oder am 1., 2. oder 3. bezahlt habe, so seien dies freiwillige vorzeitige Zahlungen gewesen. Mangels Regelmässigkeit des Auszahlungstermins sei auch nie eine Übung oder Vertragsänderung hinsichtlich eines früheren Zahlungstermins als der 5. Tag des Folgemonats zustande gekommen, auf welche sich der Kläger berufen könnte. Sowohl der Dezemberlohn 2008 als auch der Januarlohn 2009 seien damit rechtzeitig bezahlt worden und die Arbeitsniederlegung ungerechtfertigt gewesen. Für den Dezemberlohn sei auch keine Sondervereinbarung getroffen worden hinsichtlich einer Auszahlung bereits am 29. Dezember; eine solche Sondervereinbarung lasse sich dem SMS von C._____ an den Kläger nicht entnehmen. Sodann bedürfe eine Arbeitsniederlegung infolge ausstehender Lohnzahlung zunächst einer Abmahnung des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer, um diesem Gelegenheit zum Abwenden der Arbeitsniederlegung zu geben. Der Lohn sei am 5. Januar 2009 im Zeitpunkt der Arbeitsniederlegung bereits unterwegs und die Erfüllung kurzfristig somit möglich gewesen, sollte für den Dezemberlohn ausnahmsweise ein früherer Termin als der 5. Januar als Auszahlungstermin vereinbart und die Beklagte in Verzug gewesen sein. Eine Abmahnung sei aber nicht erfolgt; der Kläger habe unmittelbar nach Ankündigung der Arbeitsniederlegung den Arbeitsplatz verlassen. Der Kläger habe somit zwei Mal seine Arbeit ungerechtfertigterweise verweigert. Er sei am 6. Januar 2009 nach der ersten Arbeitsverweigerung unter Androhung der fristlosen Entlassung gehörig verwarnt worden. Die fristlose Entlassung nach der

wiederholten Verweigerung am 2. Februar sei daher gerechtfertigt gewesen und die geltend gemachten Schadenersatzforderungen unberechtigt (Urk. 2).

3. Der Kläger bestreitet demgegenüber auch im Berufungsverfahren die Vereinbarung eines Lohnzahlungstermins am 5. Kalendertag des Folgemonats. Vielmehr sei der 25. Tag des aktuellen Monats als Zahltag vereinbart worden und zwischen November 2007 und April 2008 sei der Lohn auch immer an etwa diesem Datum bezahlt worden, im November und Dezember 2007 sogar noch vor dem 25. Für den Fall, dass die Berufungsinstanz nicht zu einer für den Kläger ungünstigeren rechtlichen Würdigung gelangt als die Vorinstanz, verzichtet der Kläger indessen auf eine Beweisabnahme zur Vereinbarung des 25. Kalendertages als Lohnzahlungstermin. Eine Vereinbarung des 5. Tages des Folgemonats oder variable Auszahlungsdaten zwischen dem 25. und dem 5. des Folgemonats je nach Eingang der Debitorenzahlungen wäre nach Ansicht des Klägers rechtlich unzulässig; der Arbeitnehmer müsse sich auf regelmässige monatliche Zahlungstermine verlassen können. Demgemäss sei die Beklagte sowohl am 5. Januar 2009 wie am 2. Februar 2009 im Zahlungsverzug und der Kläger zur Arbeitsverweigerung berechtigt gewesen. Eine Fristverlängerung für Lohnzahlungen infolge arbeitsfreier Samstage und Sonntage am Monatsende gebe es nicht. Die fristlose Entlassung sei daher nicht berechtigt gewesen, zumal diese bereits auf die Ankündigung der Arbeitsverweigerung hin und noch vor dem tatsächlichen Verlassen der Arbeitsstelle am 2. Februar 2009 erfolgt sei. Einer Abmahnung der Arbeitgeberin vor der Arbeitsverweigerung durch den Arbeitnehmer bedürfe es nicht. Der Kläger habe der Beklagten im SMS-Verkehr vom Januar 2009 aber dennoch gehörig seine Leistungsverweigerung für den Fall des weiteren Verzugs angedroht. Da die ungerechtfertigte fristlose Entlassung gleichzeitig eine missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR darstelle, sei die Strafzahlung auf Fr. 15'000.– zu erhöhen (Urk. 13).

IV.

1.1.1. Nach der in BGE 120 II 209 begründeten und auch in der Doktrin seither befürworteten bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann der Arbeitnehmer seine Arbeit verweigern, wenn die Arbeitgeberin mit einer verfallenen Lohnzahlung im Rückstand ist (BK Rehbindner/Stöckli, 2.A. 2010, Art. 323 OR N 25 Ziff. 5; Streiff/von Kaenel, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, 6.A. 2006, Art. 323 OR N 3; BSK OR I-Rehbindner/Portmann Art. 323 N 4; ZK Staehelin Art. 323 N 15; Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2.A. 1996, S. 124, Art. 323 Ziffer 4). Das Bundesgericht stützt diese Praxis auf Art. 82 OR ab, welche Bestimmung bei zweiseitigen Verträgen dem Schuldner das Recht zugesteht, seine Leistung so lange zu verweigern, als die vorleistungspflichtige Partei nicht erfüllt hat. Da im Arbeitsvertrag der Arbeitnehmer vorleistungspflichtig ist und ihm daher der Schutz von Art. 82 OR grundsätzlich nicht zukommen könnte, erweiterte das Bundesgericht den massgeblichen Zeitraum auf nachfolgende Lohnperioden. Es erklärte Art. 82 OR insofern als analog anwendbar, dass der Arbeitnehmer bei ausgebliebener Lohnzahlung aus den Vorperioden für die nachfolgenden Arbeitsperioden die Erfüllung der Arbeitsleistung verweigern kann.

Art. 82 OR regelt grundsätzlich (nur) die Erfüllungsmodalitäten bei zweiseitigen Verträgen und die zeitliche Reihenfolge der Erfüllung. Voraussetzung für ein Vorgehen nach Art. 82 OR ist einzig die Fälligkeit der Leistung der Gegenpartei und deren nicht ordnungsgemässe Erbringung. Art. 82 OR stellt diesfalls dem leistungspflichtigen (Lohn-)Gläubiger eine aufschiebende Einrede als Sicherungs- und Druckmittel zur Verfügung, welche gleichzeitig den Eintritt des eigenen Schuldnerverzugs wegen Zurückbehaltung der eigenen Leistung verhindert. Die Einrede selbst ist weder eine Mahnung noch Inverzugsetzung (R.H. Weber, Berner Kommentar 2.A. 2005, Art. 82 N 208, 212; BSK OR I-Leu, Art. 82 N 3, 10). Damit bedarf es auch keiner der Erhebung der Einrede vorangehenden Mahnung des (Lohn-)Schuldners zur Erfüllung. Einer Abmahnung des Arbeitgebers oder gar Nachfristansetzung bedarf es nur, wenn der Arbeitnehmer den Lohnrückstand zum Anlass für eine fristlose Kündigung des Arbeitsvertrages nehmen will (Rehbindner/Stöckli, a.a.O. Art 323 N 25 Ziff. 2; ebenso das im Update von Band VI des Berner Kommentars zum Arbeitsvertrag in Note 25 zu Art. 323 zitierte Urteil des

Tribunale d'appello del Cantone del Ticino vom 26. Januar 1998). Der von Streiff/von Kaenel (a.a.O. Art. 323 N 3), Rehbindler/Portmann (a.a.O. Art. 323 N 4) und Staehelin (a.a.O. Art. 323 N 15) jeweils zitierte, abweichende Entscheid des Arbeitsgerichtes Zürich (JAR 1999 S. 137) erwähnt eine Mahnung als Voraussetzung eines Vorgehens nach Art. 82 OR wohl in der Regeste; aus den Erwägungen ergibt sich indessen, dass im konkreten Fall eine Mahnung ohnehin vorlag und sich das Arbeitsgericht daher mit dem Erfordernis einer Mahnung als notwendige Voraussetzung eines Vorgehens nach Art. 82 OR gar nicht näher auseinander setzte. Staehelin handelt das Vorgehen gemäss Art. 82 sodann ohnehin nur zusammen mit den weiteren *Verzugsfolgen* ab; dass für die Inverzugsetzung eine Mahnung nötig ist, ist indessen unbestritten.

Es besteht daher kein Grund, im Arbeitsrecht von der allgemeinen Regel des Art. 82 OR abzuweichen und zusätzliche Voraussetzungen zu Lasten des Arbeitnehmers zu statuieren. Wenn das Bundesgericht Art. 82 OR auf den Arbeitsvertrag analog anwendet, so bezieht sich die Analogie auf die zeitliche Erweiterung der Leistungsaustauschperiode. Der retentionsähnliche Rechtsbehelf von Art. 82 OR wird dadurch aber nicht zu einem Behelf des Verzugsrechts im Sinne der Art. 102 und 107 OR.

Auch die Treuepflicht des Arbeitnehmers vermag die Geltung der allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts nicht ausser Kraft zu setzen. Die Treuepflicht verlangt wohl vom Arbeitnehmer, die allgemeinen Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Dazu gehört eine gewisse Informationspflicht über betriebliche und persönliche Belange, welche für die Arbeitsleistung und deren Erfolg von Bedeutung sind, wie z.B. die Meldung von Absenzen. Diese allgemeine Informationspflicht, welcher der Kläger unbestrittenermassen nachgekommen ist, ist indessen zu unterscheiden von einer Abmahnungspflicht bei einer konkreten Pflichtverletzung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer. Die allgemeine Treuepflicht als Nebenpflicht findet ihre Grenze an den überwiegenden berechtigten Eigeninteressen des Arbeitnehmers. Dazu gehört der Anspruch auf termingerechte Zahlung des Lohnes: Der Arbeitnehmer braucht diesen für seinen laufenden Lebensunterhalt und er muss mit dessen Auszahlung zu fixen Zeitpunkten rechnen können. Ist es unzulässig, bei einer - anderweitigen - Verlet-

zung der Treuepflicht den Lohn zu kürzen, weil Lohn- und Treuepflicht zueinander nicht in einem Austauschverhältnis stehen und die Verletzung der Treuepflicht weder von der Qualität noch vom Resultat der Arbeit abhängig ist (Streiff/von Kaenel, a.a. O Art. 321a N 2 und 3; Staehelin, a.a.O. Art. 321a N 32 i.V.m. N 4; W. Portmann/J.F. Stöckli, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2.A. 2007, S. 112 Rz 404; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3.A. , 2005, S. 33), so kann daraus ganz allgemein ein Vorrang des Lohnanspruchs gegenüber der Treuepflicht zwecks Wahrung allgemeiner Arbeitgeberinteressen abgeleitet werden. Die Durchsetzung des Lohnanspruchs als Hauptleistung des Arbeitgebers mittels Arbeitsverweigerung unter blosser Ankündigung geht auch unter dem Aspekt der Treuepflicht dem Interesse des Arbeitgebers an der Arbeitsleistung zwecks Erfüllung von Kundenaufträgen an einem Tag vor. Es kann daher offen bleiben, ob der Kläger, wie behauptet, die Beklagte abgemahnt hat (Urk. 13 S. 11 Rz 44 bzw. S. 12 Rz 48).

1.1.2. Gemäss Art. 78 Abs. 1 OR erstreckt sich der Zeitpunkt der Erfüllung einer Verbindlichkeit auf den nächstfolgenden Werktag, wenn er ordentlicherweise auf einen Sonntag oder einen anderen staatlich anerkannten Feiertag fallen würde. Mit dem Bundesgesetz vom 21. Juni 1963 über den Fristenlauf an Samstagen (SR 173.110.3) statuierte der Gesetzgeber, dass hinsichtlich der Fristen des eidgenössischen Rechts auch der Samstag anerkannten Feiertagen gleichgestellt ist. Als Bestimmung des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts gelten diese Bestimmungen zum Fristenlauf auch für das Arbeitsvertragsrecht. Ausdrückliche abweichende Bestimmungen finden sich in den Art. 319ff OR nicht. Auch Art. 323 OR, welcher die Fälligkeit des Lohnes grundsätzlich am Monatsende vorsieht, stellt keine solche Abweichung dar. Fällt daher die ordentliche Fälligkeit der Lohnzahlung auf einen Samstag oder Sonntag, erstreckt sich der Fälligkeitstermin auf den nachfolgenden Montag (vgl. dazu auch Streiff/von Kaenel, a.a.O. Art. 323 N 8, Rehbinder/Stöckli, a.a.O. Art. 323 N 13; Brühwiler, a.a.O. S. 124 Art. 323 Ziff. 3 lit. a; a.M. allerdings Staehelin, a.a.O. Art. 323 N 5).

1.2. Ohne abweichende Parteivereinbarung ist der Arbeitslohn spätestens am

letzten Tag des Monats fällig (Art. 323 Abs. 1 OR). Ob die Parteien im vorliegenden Arbeitsverhältnis grundsätzlich eine abweichende Fälligkeit des Lohnes vereinbart haben, kann offen bleiben.

Für den hier u.a. strittigen Dezemberlohn 2008 ist von einer ausdrücklichen, individuellen Fälligkeitsvereinbarung per 29. Dezember 2008 auszugehen. In seiner SMS vom 5. Januar 2009 wies der Geschäftsführer der Beklagten nämlich selber darauf hin, dass er die Auszahlung auf den 29. Dezember 2008 versprochen habe, und entschuldigte sich für die Nichteinhaltung dieses Termins (Urk. 4/8). Hat die zahlungspflichtige Arbeitgeberin eine Zahlung per 29. Dezember "versprochen" - allenfalls infolge des üblichen erhöhten Geldbedarfs um den Jahreswechsel - so kann von einem konkludenten Einverständnis des durch eine vorzeitige Zahlung begünstigten Klägers und damit von einer rechtsgültigen Vereinbarung ausgegangen werden. Da der 29. Dezember 2008 ein Montag war, konnte an diesem Tag ohne weiteres die Lohnüberweisung erfolgen. Die Zahlung erst im Verlaufe des 5. Januar 2009 war daher klar verspätet. Der Kläger durfte an diesem Tag die Arbeit in analoger Anwendung von Art. 82 OR verweigern, ohne die Beklagte zuerst abmahnen zu müssen und ohne seine Arbeitspflicht zu verletzen. Entsprechend wäre eine Abmahnung des Klägers mit Androhung der fristlosen Entlassung für den Wiederholungsfall - sollte eine solche erfolgt sein - unzulässig gewesen und unbeachtlich. Da das Vorgehen analog Art. 82 OR keine verschuldete Nichtleistung der Gegenpartei voraussetzt, war der Kläger nicht gehalten, Rücksicht auf die mangelnde Liquidität der Beklagten wegen ausstehender Kundenguthaben zu nehmen. Der Lohnanspruch ist ein unbedingter und entsteht mit erfüllter Arbeitspflicht. Er darf nicht vom Eingang von Kundenzahlungen beim Arbeitgeber abhängig gemacht werden (ZR 101 Nr. 64).

Der gesetzliche Lohnzahlungstermin für den Januarlohn am 31. des Monats fiel im Jahr 2009 auf einen Samstag. Er erstreckte sich daher bis Montag, den 2. Februar 2009. In diesem Sinne war die Beklagte am Morgen des 2. Februar 2009 noch nicht im Zahlungsrückstand und eine Arbeitsniederlegung nicht berechtigt.

1.3. Zurecht hat die Vorinstanz in diesem Zusammenhang erkannt, dass die einmalige unentschuldigte Arbeitsverweigerung am 2. Februar 2009 noch keinen ausreichenden wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung des Arbeitnehmers im Sinne von Art. 337 OR abgab. Dafür ist vielmehr entweder eine wiederholte Arbeitsabsenz erforderlich sowie eine Abmahnung, dass solches Verhalten in Zukunft nicht toleriert würde und eine fristlose Entlassung zur Folge hätte (vgl. dazu Streiff/von Kaenel, a.a.O., Art. 337 N 5 lit. d und dortige Zitate; Rehbin-der/Portmann, a.a.O., Art. 337 N 17; Tobler/Favre/Munoz/Gullo Ehm, Arbeitsrecht, Kommentierte Gesetzesausgabe, 2006, Art. 337, Ziff. 1.51; Brühwiler, a.a.O. Art. 337 Ziff. 7 lit. a). Oder es muss eine längere, mehr als zwei Tage dauernde Abwesenheit vom Arbeitsplatz vorliegen (Portmann/Stöckli, a.a.O. S. 217 Rz 762) bzw. eine "beharrliche" (sc. nicht nur gelegentliche) Arbeitsverweigerung (Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez, a.a.O., S. 260). Vorliegend wurde die fristlose Entlassung des Klägers noch am Tag der Arbeitsniederlegung vom 2. Februar 2009 ausgesprochen. In diesem Sinne dauerte die Absenz keinen ganzen Tag. Die Arbeitsniederlegung am 5. Januar 2009 erfolgte zu Recht, war also keine unentschuldigte Absenz und es lag am 2. Februar 2009 keine "Wiederholung" vor. Eine allfällige Verwarnung im Januar 2009 könnte sodann nicht herangezogen werden, da diese, sollte sie erfolgt sein, grundlos und unzulässig war. Die fristlose Entlassung des Klägers am 2. bzw. 3. Februar 2009 war daher nicht gerechtfertigt und zieht die Entschädigungsfolgen des Art. 337c OR nach sich.

Es kann damit offen bleiben, ob die Parteien grundsätzlich den 5. Kalendertag des Monats als Lohnzahlungstermin vereinbart haben, wie die Beklagte behauptet, und ob eine solche Abrede gesetzlich zulässig ist. Für den Dezemberlohn wurde eine ausdrückliche abweichende Vereinbarung getroffen und für den Januarlohn erfolgte die Zahlung ohnehin fristgerecht.

Ginge man, wie vom Kläger behauptet, von einem vereinbarten Lohnzahlungstermin am 25. Kalendertag des Monats aus, so wäre auch der Januarlohn verspätet bezahlt worden und eine Arbeitsverweigerung auch am 2. Februar berechtigt gewesen. Da sich indessen aus der Arbeitsverweigerung am 2. Februar 2009 kein Grund für eine fristlose Entlassung herleiten lässt, kann auf die Abklärung des behaupteten 25. Tages als Lohnzahlungstermin verzichtet werden. Auch der Klä-

ger verzichtet im Berufungsverfahren ausdrücklich auf eine diesbezügliche beweismässige Abklärung, sofern er dadurch im Vergleich zum vorinstanzlichen Urteil keinen Nachteil erleidet (Urk. 13 S. 8 Rz. 32). Auf diesem Verzicht ist er - auch nachstehend - zu behaften. Immerhin kann darauf hingewiesen werden, dass die Lohnzahlungen bis Ende Dezember 2008 jeweils an unterschiedlichen Tagen, variierend vom 20. des Arbeitsmonats bis zum 3. des Folgemonats, erfolgten. Zumindest ein schriftlicher Protest des Klägers dagegen ist nicht aktenkundig (Urk. 26/1, Urk. 20/1-7).

2.1. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen kann grundsätzlich dahin gestellt bleiben, ob es zulässig wäre, generell den 5. Kalendertag des Folgemonats als Lohnfälligkeitstermin zu vereinbaren, wie die Beklagte geltend macht.

Gemäss Art. 323 Abs. 1 OR ist der Lohn am Ende des Monats auszurichten, sofern - vorbehaltlich eines Normal- oder Gesamtarbeitsvertrages - nicht kürzere Fristen oder andere Termine verabredet oder üblich sind. Die Mehrheit der Lehre leitet aus dieser Bestimmung ab, dass durch individuelle Vereinbarung bzw. Übung beliebige andere *Zahlungstermine* als der letzte Tag des Monats vereinbart werden können, dass aber in jedem Fall die *Lohnzahlungsfrist* bzw. *Lohnperiode* maximal einen Monat betragen dürfe. Die Zahlungstermine dürften höchstens einen Monat auseinander liegen, wobei sich die Zahlungsfrist grundsätzlich ab Dienstantritt berechne (Rehbinder/Stöckli, a.a.O. Art. 323 N 9, 10, 13; Staehelein, a.a.O. Art. 323 N 6, 8; Streiff/von Kaenel, a.a.O. Art. 323 N 8). Brühwiler (a.a.O. Art. 323 Ziffer 1) erwähnt eine Abrede beispielsweise als ausdrücklich zulässig, den Lohn jeweils am 15. jedes Monats zu bezahlen.

Tobler/Favre/Munoz/Gullo Ehm (a.a.O. Art. 323 Ziffer 1.1) sprechen etwas missverständlich von *Abrechnungstermin* und *Abrechnungsperiode*, scheinen aber damit dasselbe zu meinen, nämlich die Lohnperiode. Zum Zahlungstermin und den individuellen Vereinbarungsmöglichkeiten äussern sie sich nicht.

Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez leiten hingegen aus Art. 323 Abs. 1 OR ausdrücklich sowohl eine mit dem Kalendermonat übereinstimmende zwingende Lohnperiode als auch einen mit dem Monatsende zwingend übereinstimmenden Lohnzahlungstermin ab, von welchem durch individuelle Abrede nicht zu Lasten

des Arbeitnehmers abgewichen werden dürfe (a.a.O. S. 76).

Das Bundesgericht hat sich im Entscheid 4A_192/2008 (9. Oktober 2008) zu dieser Frage dahin geäußert, dass eine Vereinbarung oder Übung nicht zulässig sei, den Lohnzahlungstermin für die im Verlaufe eines Kalendermonats geleistete Arbeit auf die ersten 15 Tage bzw. den 15. Tag des Folgemonats zu verschieben.

Diesen Lehrmeinungen sowie dem Entscheid des Bundesgerichtes liegt die offensichtliche Annahme zugrunde, dass die jeweilige Arbeitsperiode vom ersten bis zum letzten Tag eines Kalendermonats dauert und dass wegen des zwingenden Anspruchs des Arbeitnehmers auf eine mindestens monatliche Lohnzahlung der Lohnzahlungstermin spätestens der letzte Tag des Kalendermonats sein muss. Bei einem späteren Lohnzahlungstermin würde die 1-Monats-Frist überschritten. Nach diesen Rechtsmeinungen (ausgenommen die Kommentatoren Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez) erscheint es indessen nicht ausgeschlossen, den monatlichen Lohnzahlungstermin auf den 5. oder 15. Kalendertag des Folgemonats festzulegen. Voraussetzung dafür wäre aber, dass auch die Arbeitsperiode entsprechend erst am 6. oder 16. Kalendertag des Vormonats beginnen würde. Entsprechend verweisen die Kommentatoren zum Teil ausdrücklich auf die Berechnung *ab Dienstantritt*. Andernfalls müsste der Lohn länger als während eines Monats gestundet werden. Für die Zulässigkeit eines Lohnzahlungstermins am 5. Tag des Kalendermonats dürfte das Arbeitsverhältnis erst am 6. Tag eines Vormonats beginnen und müsste im Folgemonat bereits ein voller Monatslohn ausbezahlt werden. Oder es müsste für die ersten 5 Tage des Arbeitsverhältnisses ein separater Teillohn ausbezahlt werden. Umgekehrt dürfte bei Beendigung des Arbeitsvertrages auf das Ende eines Kalendermonats der Lohn auf 25 Tage reduziert werden.

2.2. Vorliegend begann das Arbeitsverhältnis unbestrittenermassen am 1. November 2007. Am 23. November 2007 wurde dem Kläger der erste, volle Monatslohn gutgeschrieben, am 20. Dezember 2007 der zweite etc. Für die ersten 5 Tage des Novembers 2007 wurde offenkundig kein Teillohn ausgerichtet (Urk. 26/1). Bereits diese Lohnzahlungen belegen, dass sich vorliegend die Arbeits- und Lohnperiode nach dem Kalendermonat richtete. Damit kann der Argumentation

der Beklagten nicht mehr gefolgt werden, die Arbeits- und Lohnperiode habe jeweils am 5. des Kalendermonats geendet. Unter diesen Umständen war es klar nicht zulässig, im Verlaufe der Zeit den Lohnzahlungstermin "schleichend" auf den nachfolgenden Kalendermonat hinaus zu verschieben. Denn damit musste der Kläger seine Lohnforderung fallweise länger als einen Monat lang stunden. Dies widerspricht der zwingenden längsten Lohnzahlungsperiode von einem Monat gemäss Art. 323 Abs. 1 OR und ist nicht zulässig. Die Bezahlung des Dezemberlohnes 2008 erst am 5. Januar 2009 war auch unter diesem Blickwinkel klar verspätet.

Ob in anderen Branchen gestützt auf den Vorbehalt in Art. 323 Abs. 1 OR in Verb. mit Art. 361 und 362 OR durch Gesamtarbeitsvertrag allenfalls eine andere Regelung getroffen worden ist (Urk. 2 S. 5), kann offen bleiben (Streiff/von Kaenel, a.a.O. Art. 323 N 2 S. 243).

3. Trotz der unzulässigen Arbeitsverweigerung des Klägers am 2. Februar 2009 war seine fristlose Entlassung nicht gerechtfertigt, weshalb ihm gemäss Art. 337c Abs. 1 OR als Schadenersatz der Lohn für die ordentliche Kündigungsfrist zusteht. Die Vorinstanz hat diesen auf Fr. 14'392.40 brutto, abzüglich Sozialversicherungsbeiträge, zuzüglich 5% Zins seit dem 3. Februar 2009 beziffert; dies ist im Berufungsverfahren unbestritten geblieben.

Nach Ansicht des Klägers liegt gleichzeitig eine missbräuchliche Kündigung vor, da er entlassen worden sei, weil er seine Rechte als Arbeitnehmer geltend gemacht habe (Art. 336 Abs. 2 lit. d OR).

Wie bereits ausgeführt, war die Arbeitsverweigerung am 2. Februar 2009, die Anlass zur fristlosen Entlassung bildete, nicht zulässig, da die Beklagte damals nicht im Zahlungsrückstand war. Bereits von da her entfällt die Grundlage zur Annahme einer missbräuchlichen Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 2 lit. d OR.

4. Die Vorinstanz hat dem Kläger als Strafzahlung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR zusätzlich zum entgangenen Lohn zwei Monatslöhne bzw. Fr. 8'400.– als ange-

messen zugesprochen. Sie hat dabei erwogen, die wirtschaftlichen Auswirkungen der Kündigung beim Kläger seien wohl einschneidend gewesen, doch habe er keine Unterhaltspflichten zu erfüllen gehabt und es sei nicht bekannt, dass er deswegen ein Darlehen habe aufnehmen müssen. Das Arbeitsverhältnis habe mit etwas mehr als einem Jahr nur kurz gedauert. Mit dem ungerechtfertigten Fernbleiben von der Arbeit am 2. Februar habe der Kläger schuldhaft Anlass zur Kündigung gegeben, wobei dieses Verschulden angesichts der Umstände aber leicht wiege.

Der Kläger beantragt mit seiner Anschlussberufung die Erhöhung dieses Betrags auf Fr. 15'000.–, was rund dreieinhalb Monatslöhnen entsprechen würde. Er setzt sich in seiner Anschlussberufung indessen nicht näher mit den Erwägungen der Vorinstanz zu den einzelnen Bemessungsfaktoren auseinander, weshalb seine Anschlussberufung insofern nicht rechtsgenügend substantiiert ist. Der Kläger verweist für seine höhere Forderung einzig auf die Missbräuchlichkeit der ergangenen Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 2 lit. d (Urk. 13 S. 12), wobei er sich auch hier nicht mit den entsprechenden Erwägungen im vorinstanzlichen Urteil (Urk. 3 S. 14) auseinandersetzt. Die Anschlussberufung ist daher auch in diesem Punkt zu wenig substantiiert.

Wie bereits vorstehend festgehalten, war die Arbeitsverweigerung am 2. Februar 2009 unberechtigt, weshalb deswegen eine missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 2 lit. d zum vorneherein ausser Betracht fällt.

Würde trotzdem eine gleichzeitig missbräuchliche Kündigung und ungerechtfertigte fristlose Entlassung angenommen, so gingen die Ansprüche wegen Missbräuchlichkeit ohnehin in den Ansprüchen wegen der fristlosen Entlassung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR auf und könnten bestenfalls zu einer Erhöhung der Entschädigung innerhalb des Rahmens von 6 Monatslöhnen gemäss Art. 337c Abs. 3 OR führen (BGE 121 III 64, ZR 99 Nr. 111 S. 291, Erw. VIII/2e; Rehbinde/Portmann, a.a.O. Art. 336a N 8; Portmann/Stöckli, a.a.O. S. 224; Brühwiler, a.a.O. Art 336 Ziffer IV; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, a.a.O. S. 244). Da die beiden Kündigungsgründe im vorliegenden Fall allerdings absolut identisch wären, wäre durch die kumulative Bejahung zweier gesetzwidriger Kündigungen keine zusätzliche Beeinträchtigung in den persönlichen Verhältnissen und kein zu-

sätzliches unrechtmässiges Verhalten erfolgt und könnte innerhalb des Entschädigungsrahmens von Art. 337c OR daher keinen Erhöhungsgrund abgeben.

5. Aufgrund dieser Erwägungen sind Berufung und Anschlussberufung nicht begründet und ist das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen.

V.

Die Vorinstanz ist bezüglich der Kosten- und Entschädigungsfolgen von einem Obsiegen des Klägers zu drei Vierteln ausgegangen, wobei vor Vorinstanz auch noch Zeugnisbegehren streitig waren. Für den Fall der Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils in den im Berufungsverfahren noch streitigen Punkten hat keine Partei die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung substantiiert angefochten, weshalb diese zu bestätigen ist.

Für das Berufungsverfahren ist von einem Streitwert von noch Fr. 29'390.– auszugehen. Die Beklagte unterliegt mit Fr. 22'790.– bzw. zu rund drei Vierteln. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind ihr daher zu drei Vierteln aufzuerlegen und dem Kläger zu einem Viertel (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Beklagte hat dem Kläger sodann eine entsprechend reduzierte Prozessentschädigung von 50% zu bezahlen. Letztere ist in Anwendung der §§ 4 und 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV vom 8. September 2010 auf 50% von Fr. 2'600.–, somit Fr. 1'300.– zuzüglich Fr. 104.– (8% MWSt) festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. a) Die Beklagte und Hauptberufungsklägerin wird verpflichtet, dem Kläger und Hauptberufungsbeklagten Fr. 14'392.40 brutto zuzüglich 5% Zins seit 3. Februar 2009 zu bezahlen. Dieser von der Beklagten zu leistende Bruttobetrag reduziert sich um die folgenden, auf den Kläger entfallenen Sozialversicherungsbeiträge, soweit die Beklagte nachweist, dass sie diese an die zuständigen Behörden abgeführt hat :

- AHV (5.05%)
- AIV (1%)
- NBU (2.12%)
- GAV (0.4%)
- KTG-Prämie (1.08%).

1. b) Die Beklagte und Hauptberufungsklägerin wird weiter verpflichtet, dem Kläger und Hauptberufungsbeklagten Fr. 8'400.– zuzüglich 5% Zins seit 3. Februar 2009 zu bezahlen.
1. c) Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv Ziffern 4 - 6) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'800.– festgesetzt.
4. Die zweitinstanzlichen Kosten werden zu drei Vierteln der Beklagten und Hauptberufungsklägerin und zu einem Viertel dem Kläger und Hauptberufungsbeklagten auferlegt.
5. Die Beklagte und Hauptberufungsklägerin wird verpflichtet, dem Kläger und Hauptberufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'404.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 29'390.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 4. September 2011

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. G. Kenny

versandt am:
mc