

# GR\_GERICHTE ZK2 2012 20 vom 4. April 2013

GR Gerichte, 2013-04-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK2\\_2012\\_20](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2012_20)

FR: GR\_GERICHTE ZK2 2012 20 du 4 avril 2013

IT: GR\_GERICHTE ZK2 2012 20 del 4 aprile 2013

## Regeste

Forderung | Berufung OR Arbeitsvertrag

## Erwägungen

### E. 1

Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger folgende Beträge zu bezahlen: a) CHF 13'000.00 Lohn Guthaben/Überstunden b) CHF 10'000.00 Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR CHF 23'000.00 Total nebst 5 % Zins seit 26.08.2010. Die Beklagte sei zu verpflichten, vom eingeklagten Betrag die Sozialabzüge sowie die Quellensteuer zu bezahlen.

### E. 2

Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger ein Arbeitszeugnis auszustellen.

### E. 3

Die X. AG wird verpflichtet, Y. ein wahres, vollständiges und schonendes Arbeitszeugnis auszustellen.

### E. 4

a) Die Gerichtskosten in der Höhe von CHF 6'780.00 (Gerichtsbühren CHF 5'500.00, Schreibgebühren CHF 682.00, Bargebühren CHF 598.00) gehen zu Lasten der Gerichtskasse. b) Die X. AG hat Y. mit CHF 9'600.00 (inkl. Barauslagen und MwSt.) aussergerichtlich zu entschädigen.

### E. 5

(Rechtsmittelbelehrung.)

### E. 6

(Mitteilung.)“ In der Begründung hielt es zusammengefasst fest, es sei weder ein eigenmächtiger Bezug von Ferien nachgewiesen, noch könne das Verlassen der Arbeitsstelle um 15.30 Uhr am Tag vor den Ferien als vorzeitig angesehen werden, geschweige denn als schwerwiegende Verletzung vertraglicher Verpflichtungen. Die angebliche Überforderung von Y. sei bereits für die Begründung der ordentlichen Kündigung herangezogen worden, so dass sie nicht auch eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen vermöge. Und selbst wenn von einem weisungswidrigen Abspeichern von Daten ausgegangen werden müsste, könne dies eine fristlose Kündigung nicht rechtfertigen, da das Arbeitsverhältnis bereits ordentlich gekündigt gewesen sei und nur noch etwa einen Monat gedauert hätte. Ein Grund, der die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für diese kurze Zeit unzumutbar gemacht hätte, sei nicht ersichtlich. Die fristlose Kündigung vom 26. August 2010 sei damit ungerechtfertigt gewesen. Y. stehe der vereinbarte Lohn für die

Monate August und September 2010 zu, der die geltend gemachte Bruttolohnforderung von Fr. 13'000.-- übersteige. Einen Anspruch auf Überstunden- und Feriensaldoauszahlungen habe Y. nicht bewiesen und an der Hauptverhandlung auch nicht mehr geltend gemacht, weshalb es bei einem Bruttolohnanspruch in Höhe von Fr. 13'000.-- bleibe. Davon seien die Sozialbeiträge abzuziehen. Y. besitze für die Monate August und Sep-

Seite 4 — 30 September 2010 gegenüber der X. AG einen Nettolohnanspruch von Fr. 9'877.90. Es stehe ihm im Weiteren eine Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR in Höhe von Fr. 6'050.-- zu, was einem Monatslohn entspreche. Die Festsetzung der Entschädigung auf einen Monatslohn rechtfertige sich dadurch, dass er zwar durch die ungerechtfertigte fristlose Entlassung und die eingereichte Strafanzeige der X. AG seelisch belastet, ansonsten aber in seiner sozialen und wirtschaftlichen Lage nicht übermässig beeinträchtigt worden sei. Für die Forderungen sei ein Zins zu 5 % ab Datum der fristlosen Entlassung zuzusprechen. Die von der X. AG geltend gemachte Verrechnungsforderung werde abgewiesen. Bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung habe der Arbeitgeber keinen Anspruch auf Schadenersatz gemäss Art. 337b OR; ein ungerechtfertigter Nichtantritt der Stelle sei nicht bewiesen, weshalb auch ein Schadenersatzanspruch nach Art. 337d Abs. 1 OR ausser Betracht falle. Es sei der geltend gemachte Schadensbetrag zudem nicht genügend ausgewiesen. Schliesslich werde die X. AG verpflichtet, ein wahres, vollständiges und schonendes Arbeitszeugnis auszustellen. F. Gegen dieses Urteil führt die X. AG mit Eingabe vom 16. April 2012 Berufung beim Kantonsgericht von Graubünden. Sie beantragt: „1. Die Ziffern 1.a), 1.b), 2 und 4.b) des Urteils des Kollegialgerichts des Bezirksgerichts Plessur vom 24. Januar 2012, mitgeteilt am 5. März 2012, seien aufzuheben. 2. Die Ziffern 1 und 3 der Klage von Y. vom 18. Oktober 2010 seien abzuweisen. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge für beide Instanzen zu Lasten des Klägers und Berufungsbeklagten.“ Begründend hält sie zusammengefasst fest, Y. sei völlig überfordert gewesen, weshalb am 26. Juli 2010 die ordentliche Kündigung wegen fachlicher Mängel und fehlender Integration ausgesprochen worden sei. Y. sei auch nach der Kündigung für das von ihm betreute Projekt verantwortlich geblieben. Erneut habe er dieses jedoch nicht rechtzeitig abschliessen können. Bereits im April 2010 habe er seine Unterlagen weisungswidrig in einem falschen Format abgespeichert gehabt, so dass sie während seiner Ferienabwesenheit nicht hätten geöffnet und bearbeitet werden können. Y. sei darauf ermahnt worden, die Daten korrekt zu speichern, und es sei eine Abmahnung erfolgt. Schon vorher sei er verschiedentlich auf die Notwendigkeit hingewiesen worden, seine Daten im richtigen Format zu speichern. Am 26. August 2010 sei dann die fristlose Kündigung erfolgt, weil Y. nicht aus den Ferien zurückgekehrt sei, und weil er die Dateien wieder nicht korrekt abgespeichert gehabt habe. Es seien Y. im August 2010 nur zwei Ferienwochen bewilligt worden, was sich schon aus seinem Ferienanspruch bis zum ordentlichen

Seite 5 — 30 Kündigungstermin von insgesamt 18 1/3 Tagen, dem Bezug von fünf Ferientagen im April 2010, der Reaktion der Arbeitgeberin auf das Fernbleiben nach den zwei Ferienwochen und der Tatsache, dass in der dritten Woche Arbeiten am Projekt von Y. hätten ausgeführt werden müssen, ergebe. Eine Kompensation von Überstunden aber habe Y. nicht eigenmächtig verfügen können. Am Tag vor seinem Ferienbeginn habe Y. die Arbeit frühzeitig und ohne vorherige Ankündigung bereits um 15.30 Uhr verlassen. Zudem habe er Mitarbeitern wahrheitswidrig gesagt, es sei ihm fristlos gekündigt worden. Er habe all sein Arbeitsgerät und sämtliche Unterlagen mitgenommen. Daraus sei zu

schliessen, dass er bewusst den Arbeitsplatz vorzeitig verlassen und nicht die Absicht gehabt habe, zurückzukehren. Wegen der falschen Abspeicherung der Daten habe das Projekt nicht weiter bearbeitet werden können, was Y. gewusst habe. Es habe ein Spezialist beigezogen werden müssen, der die Pläne jedoch nicht vollständig rekonstruieren könnten. Zwei Mitarbeiterinnen hätten in der Folge in sehr vielen Überstunden die Pläne überarbeitet und Fehler ausgemerzt. Hinsichtlich der Rechnung des EDV-Spezialisten und des für die eine Mitarbeiterin aufgewendeten Betrages sei der Schaden entgegen den Ausführungen der Vorinstanz ausgewiesen. Weitere erhebliche Aufwendungen zur Wiederherstellung der Pläne seien nötig gewesen. Wer bewusst aus bewilligten Ferien nicht zurückkehre und wiederholt das Arbeitsergebnis durch falsches Abspeichern unzugänglich mache, mache die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar, auch wenn dieses nur noch etwas mehr als einen Monat dauern würde. Die fristlose Kündigung sei berechtigt gewesen. Es bestehe somit keine Anspruchsgrundlage für einen Lohn nach dem 24. August 2010 oder für eine Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR. Die Lohnforderung für den 1. – 24. August 2010 werde mit Schadenersatzansprüchen der Arbeitgeberin zur Verrechnung gebracht, so dass keine offenen Lohnansprüche mehr bestünden. Ein Anspruch auf Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR sei vorliegend auch bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung nicht gegeben, da es an der seelischen Unbill fehle. Die Strafanzeige stehe nicht im direkten Zusammenhang mit der fristlosen Kündigung. Schliesslich sei auch der vorinstanzliche Kostenentscheid unzutreffend, denn die Vorinstanz sei von einer falschen Berechnungsgrundlage ausgegangen. G. Mit Berufungsantwort vom 21. Mai 2012 beantragt Y. die kostenfällige Abweisung der Berufung. In der Begründung hält er zusammengefasst fest, die Aussagen der Zeugen zeigten, dass die Pläne dank der Mithilfe des Spezialisten hätten bearbeitet werden können. Die geltend gemachten Überstunden gingen zudem zu einem grossen Teil auf die fehlende Ausbildung von A. und das Fehlen

Seite 6 — 30 eines Mitarbeiters zurück. B. habe erst am 1. November 2010 eine Arbeitsstelle bei der X. AG angetreten, als das Projekt gemäss Aussagen in der Berufungsschrift schon lange hätte abgeschlossen sein müssen und auch die Arbeiten zur Rekonstruktion der Pläne schon fertig gewesen seien, was aus der Strafanzeige vom 3. September 2010 geschlossen werden müsse. Warum B. sich noch mit diesem Projekt beschäftigen müssen, werde nicht erklärt. Auf die schwerwiegenden Vorwürfe bezüglich seiner fachlichen Qualifikation gehe er nicht näher ein, da sie wohl nur dazu dienen würden, ihn schlecht zu machen. Die X. AG habe ihm aus fachlichen Gründen ordentlich gekündigt, so dass solche Gründe nicht mehr zur Begründung der sofortigen Vertragsauflösung herangezogen werden könnten. Es werde davon Kenntnis genommen, dass das Argument des vorzeitigen Verlassens des Arbeitsplatzes fallen gelassen worden sei. Im Weiteren sei es am 10. August 2010 zu einer Aussprache zwischen ihm und D. gekommen. Er habe vor den Ferien die Schlüssel abgeben müssen. Auch sei er per Ende Juli 2010 bei der Pensionskasse abgemeldet worden. Wenn er dies als fristlose Kündigung angesehen habe, sei er sicher nicht falsch gelegen. Er habe Ferien bis zum 31. August 2010 bewilligt erhalten, was aus dem Ferienplan ersichtlich sein müsse, den die X. AG aus unerfindlichen Gründen nicht eingereicht habe. Er habe für die Zeit vom 14. bis 28. August 2010 Ferien gebucht gehabt, was ein Beweis dafür sei, dass er drei Wochen Ferien bewilligt erhalten habe. Zudem sei der Urlaub im April 2010 mit Überstunden kompensiert worden. Auf der per 24. August 2010 erstellten Lohnabrechnung sei ein Überzeit- und Feriensaldo von rund 7.5 Tagen aufgeführt, was sicher nicht so wäre, wenn er zu viele Ferientage bezogen hätte.

Selbst wenn die Ferien im April 2010 als Ferientage betrachtet würden, hätte er erst am 28. August 2010 die Arbeit wieder aufnehmen müssen. Es sei nicht nachgewiesen, dass er eigenmächtig seine Ferien verlängert habe. Bezüglich des Abspeicherns der Dateien in einem falschen Format sei das Problem gemäss Strafanzeige vom 3. September 2010 offensichtlich bereits behoben gewesen. Wenn es Probleme gegeben habe, dann deshalb, weil die X. AG nicht ein vollständiges CAD- Programm gehabt habe. Er habe mit dem Einverständnis von D. ein anderes Pro- gramm benutzt, um alle seine Aufgaben erfüllen zu können. Die Daten seien ein- mal wöchentlich konvertiert und abgelegt worden. Das sei während der ganzen Anstellungszeit nie ein Problem gewesen. Eine Abmahnung sei nie ausgespro- chen worden; auch die Zeugen hätten keine erwähnt, obwohl sie in ihrem Beisein erfolgt sein solle. Die Daten hätten nach Aussagen der Zeugen gerettet werden können. Die gegen ihn gerichteten Vorwürfe fielen also in sich zusammen. Sie vermöchten ohnehin keine fristlose Entlassung zu rechtfertigen, vor allem auch da das Arbeitsverhältnis nur noch etwa einen Monat gedauert hätte. Er habe An-

Seite 7 — 30 spruch auf die Löhne für die Monate August und September 2010. Die X. AG habe keinen Verrechnungsanspruch. Gegen die Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR führe die X. AG dieselben Argumente an wie für die Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung. Diese seien aber gerade nicht zutreffend. Die Strafanzeige habe offensichtlich mit der fristlosen Entlassung zu tun. Und schliesslich sei er mit seiner Klage vollständig durchgedrungen, zumindest in den wesentlichen Punkten. Die von der Vorinstanz zugesprochene Entschädigung sei daher in ihrer Höhe nicht zu beanstanden, unabhängig davon, ob die Begründung zutrefte oder nicht. H. Auf die weiteren Erwägungen im angefochtenen Entscheid und die Aus- führungen in den Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, im Folgenden einge- gangen. II. Erwägungen 1. Beim angefochtenen Urteil, welches eine vermögensrechtliche Angelegen- heit mit einem Streitwert über Fr. 10'000.-- zum Gegenstand hat, handelt es sich um einen erstinstanzlichen Endentscheid, welcher mit Berufung angefochten wer- den kann (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). Die Zuständigkeit des Kantonsgerichts von Graubünden ergibt sich aus Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EGzZPO; BR 320.100). Gemäss Art. 311 ZPO ist die Berufung unter Beilage des angefochtenen Entscheids innert 30 Ta- gen seit Zustellung des begründeten Entscheids beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidbegründung schriftlich und begründet ein- zureichen. Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Plessur vom 24. Januar 2012 wurde den Parteien am 5. März 2012 begründet mitgeteilt. Die Berufung der X. AG erfolgte mit Eingabe vom 16. April 2012 unter Berücksichtigung des Still- stands über die Osterfeiertage (Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO) sowie des Fristenlaufs an Samstagen und Sonntagen (Art. 142 Abs. 3 ZPO) fristgerecht. Da die Rechts- schrift zudem den übrigen Formerfordernissen entspricht, ist auf sie einzutreten. 2. Y. hat mit der Berufungsschrift Beweismittel eingereicht. Es handelt sich dabei um eine Reiseanmeldung, die Lohnblätter April und Mai 2010 sowie die Wo- chenrapporte für die 13. und 14. Woche 2010. Die Lohnblätter April und Mai 2010 finden sich bereits in den Akten der Vorinstanz (act. III/8), die Reiseanmeldung und die Wochenrapporte hingegen nicht. Es handelt sich dabei folglich um neue Beweismittel. Damit stellt sich die Frage, ob neue Beweismittel im Berufungsver- fahren noch eingelegt werden können.

Seite 8 — 30 a) Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel grundsätzlich nur noch zulässig, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz

vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). In der Lehre ist umstritten, ob dieses ein- geschränkte Novenrecht auch dann gilt, wenn der Sachverhalt – wie vorliegend – von Amtes wegen festzustellen ist. Während ein Teil der Lehre auch für Verfahren mit Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen das eingeschränkte Novenrecht nach Art. 317 Abs. 1 ZPO befürwortet (Hohl, Procédure civil, Bd. II, 2. Auflage, Bern 2010, N 2410 und 2415; Meier, Schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 490), will ein anderer Teil der Literatur Noven in analoger Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO unbeschränkt zulassen (Reetz/Hilber, in: Sutter- Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivil- prozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2013, N 14, 22 und 70 zu Art. 317 ZPO; Vol- kart, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Zürich 2011, N 17 zu Art. 317 ZPO). Auch die Rechtspre- chung war in dieser Frage lange Zeit geteilter Meinung. Das Bundesgericht hat die Frage mittlerweile entschieden und festgehalten, dass Art. 317 Abs. 1 ZPO die Möglichkeit der Parteien, im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismit- tel vorzubringen, abschliessend regle. Im Berufungsverfahren sei somit eine ana- loge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO, welche das erstinstanzliche Verfahren betreffe, ausgeschlossen (BGE 138 III 625, E. 2.1 und 2.2). Die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts schliesst sich dieser Meinung an. Dies aufgrund der Tatsa- che, dass in Art. 317 Abs. 1 ZPO, welcher das Novenrecht im Berufungsverfahren regelt, keine Ausnahme für Verfahren mit Sachverhaltsabklärung von Amtes we- gen vorgesehen ist, während für die erste Instanz das unbeschränkte Novenrecht für diese Verfahren in der ZPO ausdrücklich statuiert wird (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Insofern ist Art. 317 Abs. 1 ZPO klar. Nachdem im Weiteren im Entwurf des Bun- desrates bei den Bestimmungen zur Berufung ein Verweis auf das erstinstanzliche Novenrecht angebracht war (Art. 314 Abs. 1 E-ZPO), dieser Verweis aber offen- sichtlich nicht in die Gesetz gewordene Fassung der ZPO übernommen worden ist, darf davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber ein unbeschränktes Novenrecht für Verfahren, in denen der Sachverhalt von Amtes wegen abgeklärt wird, im Berufungsverfahren nicht wollte. Eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren verbietet sich daher. Die neuen Beweise, die Y. eingelegt hat, können vorliegend somit nur Beachtung finden, wenn sie die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllen, das heisst, wenn sie ohne Verzug vorgebracht worden sind und – kumulativ – trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz vorgebracht werden konnten.

Seite 9 — 30 b) Y. will mit der Reiseanmeldung und den Wochenrapporten untermauern bezie- hungsweise belegen, dass ihm zum einen über den 24. August 2010 hinaus Feri- en bewilligt worden waren und dass er zum andern im April 2010 keine Ferien be- zogen, sondern Überstunden kompensiert hat. Alle diese Dokumente sind lange vor der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 24. Januar 2012 erstellt worden. Zudem hatte die X. AG bereits in der Prozessantwort bestritten, dass Y. im August 2010 drei Ferienwochen bewilligt worden seien, und sie hatte auch ausgeführt, Y. habe im April 2010 Ferien bezogen, nämlich fünf Arbeitstage (vgl. Prozessantwort vom 6. Dezember 2011, vorinstanzliche Akten, act. II/3, S. 4 Ziff. 8). Es hätte sich daher schon im Verfahren vor der Vorinstanz aufgedrängt, die nun im Berufungs- verfahren eingereichten Unterlagen zu den Akten zu geben, um die Behauptungen von Y. zu stützen. Mit zumutbarer Sorgfalt hätten die neuen Beweismittel somit bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht werden können. Die neuen Be- weismittel erfüllen die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO daher nicht, weshalb sie vorliegend keine Beachtung finden dürfen. 3. Es ist festzustellen, dass die X. AG die ihr von der Vorinstanz auferlegte Verpflichtung zur Ausstellung eines

wahren, vollständigen und schonenden Arbeitszeugnisses nicht angefochten hat. Damit ist diese Verpflichtung rechtskräftig geworden (Art. 315 Abs. 1 ZPO); die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts hat sich nicht weiter damit zu befassen. 4. Mit ihrer Berufung wendet sich die X. AG in einem ersten Punkt gegen die Feststellung der Vorinstanz, die fristlose Entlassung von Y. vom 26. August 2010 sei nicht gerechtfertigt gewesen. a) Nach Art. 337 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Nach der Rechtsprechung zu Art. 337 OR ist eine fristlose Entlassung nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (BGE 130 III 213 E 3.1; BGE 129 III 380 E 2.1). Die

Seite 10 — 30 Abmahnung hat zugleich Rüge- und Warnfunktion. Zwar muss für die Gültigkeit der fristlosen Entlassung wegen leichterer Verstösse gegen die Arbeits- oder Treupflicht nicht unter allen Umständen die fristlose Entlassung explizit angedroht worden sein. Indessen kann die Abmahnung ihren Warnzweck nur erfüllen, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer unmissverständlich klar macht, dass er den oder die begangenen Fehler schwer gewichtet und deren Wiederholung nicht sanktionslos hinzunehmen bereit ist. Zur Beurteilung der Frage, ob der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben als ausreichend gewarnt zu gelten hat und dem Arbeitgeber bei erneuter Pflichtwidrigkeit die Fortsetzung des Arbeitsvertrages bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden kann, sind die konkreten Umstände heranzuziehen. Abzustellen ist auf die Natur, Schwere und Häufigkeit der Verfehlungen sowie die Reaktion des Arbeitnehmers auf die erfolgte Rüge und Ermahnung (Urteil des Bundesgerichts vom 31. Mai 2010, 4A\_101/2012, E 2.2). b) Bereits am 26. Juli 2010 hatte die X. AG das Arbeitsverhältnis mit Y. auf den 30. September 2010 gekündigt. Am 26. August 2010, als die fristlose Kündigung erfolgte, hätte das Arbeitsverhältnis mithin nur noch etwas mehr als einen Monat beziehungsweise fünf Wochen gedauert. Je kürzer aber die Frist bis zur ordentlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses ist, desto schwerer muss die Verletzung der Arbeits- oder Treupflicht durch den Arbeitnehmer wiegen, damit die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum ordentlichen Kündigungstermin als nicht mehr zumutbar beurteilt werden muss. Die X. AG bringt in ihrer Berufung mehrere Gründe vor, die einzeln, aber insbesondere in ihrer Gesamtheit die fristlose Kündigung rechtfertigen sollen. Diese Gründe sind im Folgenden zu prüfen. aa) Die X. AG wirft Y. vor, er habe vor seinen Ferien im August 2010 seine Dateien in einem falschen Format abgespeichert, so dass diese von anderen Mitarbeitern nicht hätten geöffnet und weiterbearbeitet werden können. Sie macht weiter geltend, es sei Y. bekannt gewesen, dass er die Dateien im Format DXF abspeichern müsse, damit sie für alle verfügbar seien. Er habe sie jedoch in einem nicht kompatiblen Format abgespeichert. Durch sein Fehlverhalten sei ihr ein grosser Mehraufwand entstanden. Y. bestreitet, dass die Art, wie er seine Dateien abgelegt habe, jemals ein Problem gewesen sei. Erst als er sich gegen die fristlose Entlassung gewehrt habe, sei dies hochstilisiert worden. Vorliegend muss nicht untersucht

werden, in welchem Format Y. seine Daten im August 2010 abgespeichert hatte und inwieweit dieses Format mit dem von der X. AG verwendeten Programm kompatibel war. Selbst wenn Y. seine Daten im August 2010 in einem nicht oder nur schlecht kompatiblen Format abgespeichert haben sollte und des-

Seite 11 — 30 wegen Probleme beim Austausch mit dem Programm der X. AG entstanden sein sollten, so würden solche Probleme eine fristlose Kündigung nicht rechtfertigen, nachdem der Arbeitsvertrag bereits ordentlich gekündigt war und nur noch etwa einen Monat in Kraft sein sollte. In diesem Zusammenhang sei auch darauf hingewiesen, dass als Konsequenz einer fristlosen Kündigung die Arbeitskraft des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber nicht mehr zur Verfügung steht. Die X. AG konnte daher aufgrund der von ihr ausgesprochenen Kündigung nicht mehr auf die Hilfe von Y. zählen, mit der sie offensichtlich viel schneller und mit viel geringerem Aufwand wieder Zugriff auf die Daten erhalten hätte, wie sich aus dem geltend gemachten Vorfall vom April 2010 ergibt. Dass die X. AG durch ein allenfalls falsches Format der Dateien von Y. verbindliche Termine verpasst hat und/oder schadenersatzpflichtig geworden ist, geht aus den Akten nicht hervor. Damit aber hätte die Speicherung der Daten im August 2010 in einem nicht oder nur bedingt kompatiblen Format vorliegend auch nicht die notwendige Schwere, um unter den gegebenen Umständen eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen. Die X. AG sieht dies offensichtlich selbst so, denn sie bringt im Weiteren vor, dass Y. bereits im April 2010, als er in den Ferien gewesen sei, seine Daten in einem falschen Format abgespeichert habe, so dass niemand darauf zugreifen könne. Als Y. nach den Ferien zurückgekommen sei, sei deswegen eine arbeitsrechtliche Abmahnung ausgesprochen worden. Y. bestreitet, dass eine Abmahnung erfolgt sei. D. hat als Zeuge ausgesagt, als Y. im April 2010 aus den Ferien zurückgekommen sei, habe er ihm nochmals mitgeteilt, dass er die Dateien im Format DXF abspeichern müsse. Er habe ihm gesagt, dass sie in ihrer Arbeit einen Unterbruch gehabt hätten, weil sie die Dateien nicht hätten bearbeiten können. Er habe Y. an einer Sitzung mündlich mitgeteilt, dass dieses Verhalten seines Erachtens eine Unterschlagung von Unterlagen des Arbeitgebers sei und er habe sicher eine arbeitsrechtliche Verwarnung ausgesprochen. Ob er die Möglichkeit einer fristlosen Kündigung erwähnt habe, könne er nicht mehr sagen (Zeugeneinvernahme vom 27. September 2011, vorinstanzliche Akten, act. VI/1, S. 2). Der Zeuge C. hat erklärt, vor den Ferien im April 2010 sei Y. sowohl von D. als auch von ihm, C., angewiesen worden, die Dateien im brauchbaren Format DXF und DWG abzuspeichern. Die gleiche Anweisung sei nochmals erfolgt, als Y. aus den Ferien im April 2010 zurückkehrt sei. Konsequenzen seien Y. keine angedroht worden, wenn die Abspeicherung nicht weisungsgemäss erfolge (Zeugeneinvernahme vom 27. September 2011, vorinstanzliche Akten, act. VI/2, S. 3, Ergänzungsfragen Rechtsanwalt Cavegn). A. hat als Zeugin ausgesagt, als Y. nach den Ferien im April 2010 wieder zur Arbeit erschienen sei, hätten sich Y. und D. in ein separates Zimmer zurückgezogen. Was die beiden in diesem Zimmer besprochen hätten, wisse sie

Seite 12 — 30 nicht (Zeugeneinvernahme vom 14. November 2011, vorinstanzliche Akten, act. VI/4, S. 3, zu Frage 6). Aus diesen Aussagen geht zweierlei klar hervor: Die Mitarbeiter konnten sich an keine Abmahnung erinnern, obwohl diese gemäss Aussage von D. an einer Sitzung erfolgt sein soll, und D. hat selbst keine genaueren Angaben über den Inhalt der von ihm behaupteten Abmahnung gemacht. D. hat als Hauptaktionär der X. AG zudem ein starkes, auch wirtschaftliches Interesse am Ausgang des Verfahrens (siehe seine

diesbezügliche Aussage in der Zeugenein- vernahme vom 27. September 2011, vorinstanzliche Akten, act. VI/1, S. 2 oben). Seine Aussagen sind daher mit Zurückhaltung zu würdigen. Nachdem Y. eine Abmahnung bestreitet und sich weder C. noch A. an eine Abmahnung erinnern konnten und C. als Zeuge sogar explizit festgestellt hat, es seien Y. keine Konse- quenzen angedroht worden für den Fall, dass die Abspeicherung nicht weisungs- gemäss erfolge, kann vorliegend nicht allein aufgrund der Aussage von D., der ein erhebliches Interesse am Ausgang des Verfahrens hat, davon ausgegangen wer- den, es sei tatsächlich eine Abmahnung erfolgt. Eine Abmahnung ist daher nicht nachgewiesen. Selbst wenn aber von einer Abmahnung ausgegangen werden müsste, könnte nicht überprüft werden, ob sie als ausreichende Warnung anzuse- hen wäre, denn es ergibt sich weder aus den Akten, noch aus den Aussagen der Parteien und der Zeugen ihr genauer Inhalt. D. hat zwar ausgeführt, er habe Y. erklärt, dass sie einen Unterbruch in ihrer Arbeit gehabt hätten, weil sie die Datei- en nicht hätten öffnen können, und er erachte das Verhalten von Y. als Unter- schlagung von Unterlagen des Arbeitgebers. Daraus kann allenfalls abgeleitet werden, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gegenüber angezeigt hat, dass er die Verfehlung als schwer gewichtete. Ob jedoch auch mit der notwendigen Kla- rheit darauf hingewiesen worden ist, dass eine solche Verfehlung in Zukunft nicht mehr sanktionslos hingenommen werden würde, und ob Y. daraus und aus den Umständen entnehmen musste, dass er sich nicht nur einer ordentlichen, sondern allenfalls gar einer fristlosen Kündigung aussetzen würde (vgl. BGE 127 III 153 E 1b), wenn er die Dateien in einem falschen Format speicherte, womit er als genü- gend gewarnt angesehen werden müsste, kann nicht überprüft werden, nachdem der Inhalt der behaupteten Abmahnung nicht bekannt ist. Im einen wie im anderen Fall ist die Abmahnung daher nicht genügend nachgewiesen, weshalb nicht von ihr ausgegangen werden kann. Fehlt aber der Nachweis einer genügenden Ab- mahnung, so könnte auch eine mehrfach erfolgte Abspeicherung der Daten in ei- nem falschen Format eine fristlose Kündigung nicht rechtfertigen. Die fristlose Kündigung vom 26. August 2010 kann daher nicht mit Erfolg auf ein – im Übrigen bestrittenes – Abspeichern der Daten in einem falschen Format abgestützt wer- den.

Seite 13 — 30 bb) Die X. AG macht weiter geltend, Y. habe eigenmächtig seine Ferien verlän- gert. Er habe Ferien für die Zeit vom 11. bis 24. August 2010 bewilligt erhalten. Am 25. August 2010 sei er jedoch nicht zur Arbeit erschienen, ebenso wenig am 26. August 2010, worauf die fristlose Kündigung ausgesprochen worden sei. Y. hält dem entgegen, es seien ihm Ferien bis zum 31. August 2010 bewilligt worden, weshalb er am 25. oder 26. August 2010 gar nicht zur Arbeit habe erscheinen müssen. Aus den Akten ergibt sich nicht mit Klarheit, was zwischen den Parteien bezüglich der Ferien von Y. vereinbart worden ist. Unbestritten ist, dass die Ferien bewilligtermassen am 11. August 2010, einem Mittwoch, begonnen haben. Unei- nig sind sich die Parteien jedoch darüber, ob Y. anschliessend zwei oder drei Wo- chen Ferien gewährt worden sind. D. hat in seiner Einvernahme erklärt, sie hätten vereinbart, dass Y. ab dem 11. August 2010 zwei Wochen beziehen könne, mehr habe er nicht mehr zugute gehabt (vorinstanzliche Akten, act. VI/1, S. 3). C. hat ausgesagt, bevor er auf die Weltreise für sieben Wochen in die Ferien gegangen sei, habe er gesehen, dass bei Y. im August zwei Wochen Ferien eingetragen ge- wesen seien. Ob das später geändert worden sei, wisse er nicht. Er sei an einem Montag aus den Ferien zurückgekehrt, Y. sei am Dienstag gegangen. Die Ferien von Y. seien erst für die folgende Woche vorgesehen gewesen (vorinstanzliche Akten, act. VI/2, S. 2). A. hat erklärt, sie wisse nicht, wie lange die X. AG Y. im August 2010 Ferien gewährt habe (vorinstanzliche Akten, act. VI/4, S. 4). Y. hat in seiner Parteiaussage anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung

ausgeführt, ursprünglich seien die Ferien vom 12. bis 28. August 2010 eingetragen gewesen; dies sei geändert worden in 11. bis 30. August 2010 (vorinstanzlichen Akten, act. VI/3, S. 3 oben). Die Aussagen von Y. und D. divergieren ganz erheblich. Beide haben ein grosses Interesse am Ausgang des Verfahrens. Ihre Aussagen sind daher mit Zurückhaltung zu würdigen. Die beiden Zeugen C. und A. wiederum konnten nicht oder nicht mit der notwendigen Sicherheit sagen, wie lange Y. im August 2010 Ferien gewährt worden waren. Aus den Aussagen der Zeugen und der Parteibefragung von Y. kann daher nicht geschlossen werden, was die Parteien bezüglich der Ferien von Y. im August 2010 vereinbart hatten. Die X. AG macht weiter geltend, Y. habe bereits im April 2010 fünf Ferientage bezogen. Nachdem das Arbeitsverhältnis am 1. November 2009 begonnen habe und auf den 30. September 2010 ordentlich gekündigt worden sei, hätten ihm für diese 11 Monate insgesamt 18 1/3 Ferientage zugestanden. Nach dem Ferienbezug im April 2010 habe er daher nur noch 13 1/3 Ferientage zugute gehabt. Drei Wochen Ferien hätten diesen Anspruch überschritten. Kein Arbeitgeber aber werde nach der allgemeinen Lebenserfahrung einem gekündigten Arbeitnehmer länger Ferien gewähren, als dieser zugute habe. Y. wiederum macht geltend, er habe im April

Seite 14 — 30 2010 keine Ferien bezogen, sondern Überstunden kompensiert, was von der X. AG bestritten wird. In den Akten finden sich die Lohnabrechnungen von Y. für die Monate Januar bis Juli 2010 (vorinstanzliche Akten, act. III/8). Auf diesen Lohnabrechnungen ist jeweils der Ferienstundensaldo angegeben. Es zeigt sich nun, dass dieser in den sieben Monaten keine Änderung erfahren hat und stets gleichbleibend bei 182.60 Stunden lag. Dies entspricht den Ferien für ein ganzes Jahr (vgl. den Arbeitsvertrag von B., vorinstanzliche Akten, act. IV/7, S. 3, Art. 7 Ferien, Feiertage und Absenzen). Gemäss Lohnabrechnungen ist damit in der Zeit von Januar bis Juli 2010 kein Ferienbezug erfolgt. Auf den Lohnabrechnungen sind auch die Überstunden verzeichnet. Der Überstundensaldo ändert sich von Monat zu Monat. Interessant ist dabei, dass im Mai 2010 eine Änderung von – 43.15 Stunden ausgewiesen ist. Eine Arbeitswoche entspricht bei der X. AG 41.5 Arbeitsstunden (Anstellungsvertrag von Y. vom 26. Oktober 2009, vorinstanzliche Akten, act. III/1, S. 3, Art. 6 Arbeitszeit). Die Lohnabrechnungen weisen damit keinen Bezug von Ferien aus, jedoch lassen sie die Kompensation von Überstunden an fünf Arbeitstagen als sehr wahrscheinlich erscheinen. Nachdem unter den Parteien nicht strittig ist, dass Y. im April 2010 an fünf Arbeitstagen nicht gearbeitet hat, ist aufgrund der Lohnabrechnungen davon auszugehen, dass Y. im April 2010 keine Ferien bezogen, sondern tatsächlich Überstunden kompensiert hat, wie er geltend macht. Im August 2010 standen ihm mithin zumindest die von der X. AG genannten 18 1/3 Ferientage noch vollständig zu, weshalb er durchaus drei Wochen Ferien hätte beziehen können. Weiter findet sich auch die Lohnabrechnung für die Zeit vom 1. bis 24. August 2010 bei den Akten (vorinstanzliche Akten, act. III/9). In ihr werden 38.68 Stunden Überzeit und 35.78 Stunden Feriensaldo ausgewiesen und zum Lohnanspruch hinzugezählt. Die X. AG macht zwar geltend, es sei ihr bei der Erstellung dieser Abrechnung ein Fehler unterlaufen, Y. habe über kein Ferienguthaben mehr verfügt. Diese Behauptung überzeugt jedoch nicht, zieht man die Lohnabrechnungen der vorhergehenden Monate in die Betrachtungen mit ein, auf welchen bis und mit Juli 2010 kein Bezug von Ferien ausgewiesen worden ist. Die Lohnabrechnung für die Zeit vom 1. bis 24. August 2010 zeigt auf, dass Y. im August 2010 durchaus über genügend Ferientage und Überstunden verfügte, um auch eine dritte Woche Urlaub zu beziehen. Selbst wenn man somit auf die von der X. AG selbst verfassten Lohnabrechnungen abstellt, hatte Y. im August 2010 genügend Ferien- und

Überzeitguthaben, um drei Wochen Urlaub zu beziehen. Das Argument der X. AG, dass dem nicht so gewesen sei, weshalb Y. auch nicht drei Wochen Ferien gewährt worden seien, geht daher ins Leere. Schliesslich macht die X. AG geltend, ihre eigene Reaktion auf das Nichterscheinen von Y. am 25. und 26. August 2010 zeige deutlich auf, dass nicht drei Wo-

Seite 15 — 30 chen Ferien vereinbart worden seien. Dazu ist festzuhalten, dass vorliegend gerade dieses Verhalten auf seine Rechtmässigkeit hin überprüft werden muss und das Verhalten sich daher offensichtlich nicht selbst bestätigen kann. Ebenso wenig aber hilft der Hinweis der X. AG weiter, es hätten in der letzten Augustwoche 2010 Arbeiten am von Y. betreuten Projekt vorgenommen werden müssen, was fraglos nicht geplant gewesen wäre, wenn mit dem verantwortlichen Architekten Ferien vereinbart gewesen wären. Es sei in diesem Zusammenhang einzig darauf hingewiesen, dass es offenbar kein Problem darstellte, als die Mitarbeiter das Projekt im April 2010 während der Ferienabwesenheit von Y. weiterbearbeiten und sogar fertigstellen wollten (vgl. die Aussagen von D., vorinstanzliche Akten, act. VI/1, S. 1, und von C., vorinstanzliche Akten, act. VI/2, S. 2). Unter diesen Umständen ist nicht einsichtig, weshalb geplante Arbeiten am Projekt darauf hinweisen sollten, dass mit Y. für diese Zeit nicht hätten Ferien vereinbart sein können. In diesem Zusammenhang ist auch die Aussage von A. von Interesse, dass Y. vor seinen Ferien jeweils administrative Arbeiten an C. und Pläne an sie habe übergeben müssen (vorinstanzliche Akten, act. VI/4, S. 3 zu Frage 5). Dies zeigt deutlich, dass es der X. AG wichtig war, dass auch ohne den Architekten am Projekt gearbeitet werden konnte. Selbst wenn Arbeiten am Projekt von Y. für die letzte Augustwoche 2010 geplant waren, wofür sich in den Akten keine Belege finden ausser die Behauptungen der X. AG, spricht dies nicht dafür, dass Y. in diesem Zeitraum keine Ferien beziehen konnte. Schliesslich führt die X. AG weiter an, die Strafanzeige vom 3. September 2010 wäre kaum erhoben worden, wenn ein dreiwöchiger Ferienbezug gewährt worden wäre. Dieses Argument ist nur schwer nachvollziehbar. In der Strafanzeige wird mit keinem Wort erwähnt, dass Y. eigenmächtig seine Ferien verlängert hätte. Es wird vielmehr einzig und allein geltend gemacht, Y. habe seine Daten in einem falschen Format abgespeichert und dadurch für die X. AG unzugänglich gemacht (vorinstanzliche Akten, act. III/16). Diese Behauptung muss, so sie denn zutreffen sollte, auch für die Zeit der unbestrittenen bewilligten Ferien gelten, denn wenn die Daten am 25. August 2010 und später nach Ausführungen der X. AG nicht geöffnet werden konnten, dann konnten sie dies auch in der Zeit davor nicht, in der Y. in den Ferien weilte. Das Argument, dass die Strafanzeige mit einem behaupteten eigenmächtigen Ferienbezug durch Y. in Zusammenhang stehen könnte, findet in der Strafanzeige selbst somit keine Stütze. Ebenso wenig geht etwas Derartiges aus den anderen Beweismitteln hervor. Auch die eingereichte Strafanzeige spricht somit nicht dafür, dass Y. im August 2010 nur zwei Wochen Ferien beziehen durfte. Aus dem Dargelegten erhellt, dass aus den Akten nicht geschlossen werden kann, was die Parteien bezüglich der Länge der Ferien im August 2010 tatsächlich miteinander ver-

Seite 16 — 30 einbart haben, weshalb ein eigenmächtiger Ferienbezug durch Y. nicht nachgewiesen ist. Eine fristlose Entlassung könnte daher nicht mit einem unberechtigten Ferienbezug begründet werden. Lediglich nebenbei sei noch darauf hingewiesen, dass gemäss dem von der X. AG in ihrer Berufung zitierten BGE 108 II 301 ein eigenmächtiger Ferienbezug zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses führen kann, wenn der Bezug entgegen einem abschlägigen Bescheid des Arbeitgebers erfolgt und nicht besondere

Umstände vorliegen (vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts vom 22. Juli 2004, 4C.201/2004, E 4.1). Dass ein solcher abschlägiger Bescheid vorliegend ergangen wäre, ist weder nachgewiesen, noch auch nur behauptet worden. Im Zusammenhang mit dem Argument der X. AG, dass Y. nach den Ferien nicht zur Arbeit erschienen sei, ist noch Folgendes beizufügen. Y. hat sich am 10. August 2010 und damit am Tag vor seinem Ferienbeginn seinen Mitarbeitern gegenüber dahingehend geäußert, es sei ihm fristlos gekündigt worden. Beide Mitarbeiter haben noch am selben Tag über diese Äusserung mit D. gesprochen (Aussage von C., vorinstanzliche Akten, act. VI/2, S. 2 unten; Aussage von A., vorinstanzliche Akten, act. VI/4, S. 5, zu Frage 15). D. wusste daher, dass Y. am

## **E. 10**

August 2010 von einer fristlosen Kündigung ausging. Nachdem D. von Y. den Schlüssel zurückverlangt und ihm das Vertrauen entzogen hatte (vgl. die Aussagen von D., vorinstanzliche Akten, act. VI/1, S. 4, Ergänzungsfragen Rechtsanwalt Fryberg), war die Annahme von Y. offensichtlich auch nicht vollkommen aus der Luft gegriffen. Das ist leicht ersichtlich und musste auch für D. erkennbar sein. Gemäss Parteiaussage von Y. soll D. sogar gesagt haben, er, Y., müsse nach den Ferien nicht mehr zur Arbeit erscheinen (vorinstanzliche Akten, act. VI/3, S. 3, zu Frage 7). D. hat diese Aussage als Zeuge allerdings bestritten (vorinstanzliche Akten, act. VI/1, S. 4, Ergänzungsfragen Rechtsanwalt Fryberg). Ob die entsprechenden Worte gefallen sind, lässt sich damit nicht mit Sicherheit sagen. Fest steht jedoch, dass D. bekannt war, dass Y. am 10. August 2010 davon ausging, dass das Arbeitsverhältnis fristlos aufgelöst worden war. Trotzdem hat D. diesen Punkt nicht richtiggestellt. Es wäre für ihn zweifellos möglich gewesen, Y. telefonisch, per Mail oder brieflich zu erreichen und ihn darüber zu informieren, dass keine fristlose Kündigung ausgesprochen worden sei. Dies hat er aber nicht getan. Vielmehr hat er sich gemäss Aussage von C. dahingehend geäußert, dass er das Weitere abwarten werde (vorinstanzliche Akten, act. VI/2, S. 2 unten). Wenn D. ein allfälliges Missverständnis bezüglich einer fristlosen Kündigung nicht ausräumt, obwohl er davon Kenntnis hat, und dann Y. fristlos entlässt, als dieser nach zwei Wochen nicht wieder zur Arbeit erscheint, obwohl D. weiss, dass sein Arbeit-

Seite 17 — 30 nehmer davon ausgeht, dass der Arbeitsvertrag bereits fristlos aufgelöst worden ist, so handelt D. wider Treu und Glauben. Auch unter diesem Gesichtspunkt war die fristlose Kündigung nicht gerechtfertigt. cc) Die X. AG hat in der Berufung auch ausgeführt, Y. habe die notwendigen fachlichen Qualifikationen nicht erbracht. Da dies jedoch bereits als Grund für die ordentliche Kündigung am 26. Juli 2010 angegeben worden ist, könnten fachliche Mängel, die im Übrigen von Y. bestritten werden, eine fristlose Kündigung nicht rechtfertigen. Weiter hat die X. AG erklärt, Y. habe am 10. August 2010 seinen Arbeitsplatz bereits um 15.30 Uhr verlassen. Er habe den Mitarbeitern erzählt, dass ihm fristlos gekündigt worden sei, obwohl dies nicht gestimmt habe. Auffallend sei, dass Y. im August 2010 all sein Arbeitsgerät und seine Unterlagen mitgenommen habe, ohne je wieder im Betrieb zu erscheinen und die erforderlichen Daten abzugeben. Damit müsse davon ausgegangen werden, dass Y. seinen Arbeitsplatz bewusst vorzeitig verlassen habe. Bereits die Vorinstanz hat darauf hingewiesen, dass im Betrieb der X. AG offensichtlich flexible Arbeitszeiten galten, weshalb ein Verlassen des Arbeitsplatzes um 15.30 Uhr am Tag vor den Ferien nicht als vorzeitiges Verlassen des Arbeitsplatzes angesehen werden könne. Die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts schliesst sich dieser Feststellung an. Dass Y. seinen Arbeitsplatz am 10. August 2010 um 15.30 Uhr verlassen

haben soll, stellt damit kein Problem dar und vermag schon gar nicht eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Sollte die X. AG mit ihren Ausführungen geltend machen wollen, Y. habe seinen Arbeitsplatz fristlos verlassen, so könnte diesem Argument nicht gefolgt werden. Wie bereits ausgeführt, ging Y. davon aus, das Arbeitsverhältnis sei am 10. August 2010 fristlos gekündigt worden, nachdem D. ihm das Vertrauen entzogen und den Schlüssel zurückverlangt hatte. Dass Y. unter diesen Umständen sein Arbeitsgerät sowie seine Unterlagen zusammenpackte und mit sich nahm, erstaunt nicht und kann nicht als fristloses Verlassen des Arbeitsplatzes interpretiert werden. D. wusste aufgrund der Rückmeldungen, die er von seinen anderen Arbeitnehmern erhalten hatte, dass Y. von der fristlosen Auflösung des Arbeitsvertrages ausging. Unter diesen Umständen durfte er das Verhalten von Y. nicht als fristloses Verlassen des Arbeitsplatzes deuten, was er auch nicht gemacht hat, wie die Tatsache zeigt, dass er später selbst eine fristlose Kündigung ausgesprochen hat. Dass Y. am 10. August 2010 sein Arbeitsgerät und seine Unterlagen mitnahm, belegt einzig und allein, dass er tatsächlich von einer fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses ausging. Im Weiteren waren die Daten von Y. auf seiner Arbeitsstation bei der oder dem Server der X. AG zu finden, ansonsten gar keine Wiederherstellung möglich gewesen wäre. Auch wenn sie allenfalls in

Seite 18 — 30 einem falschen Format abgespeichert gewesen sein sollten, so hatte Y. entgegen den Ausführungen in der Berufung doch seine Daten abgegeben. Und schliesslich kann Y. auch nicht vorgeworfen werden, er habe C. mit der Profilierung allein gelassen. C. hat ausdrücklich ausgesagt, Y. sei am 10. August 2010 noch mit zum Profilieren gekommen, obwohl dies nicht notwendig gewesen sei (vorinstanzliche Akten, act. VI/2, S. 2). c) Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die von der X. AG ins Feld geführten Gründe eine fristlose Kündigung nicht zu rechtfertigen vermögen. Dies gilt auch, wenn alle Umstände zusammen betrachtet werden. Die Vorinstanz ist mithin zu Recht von einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung ausgegangen. Die Berufung ist insoweit unbegründet und das vorinstanzliche Urteil ist in diesem Punkt zu bestätigen. 5. Nachdem sich die fristlose Entlassung als ungerechtfertigt erwiesen hat, stellt sich die Frage nach den Folgen derselben. a) Die X. AG bestreitet, dass Y. ein Lohnanspruch über den 24. August 2010 hinaus zustehe. Sie begründet dies damit, dass die fristlose Entlassung gerechtfertigt gewesen sei. Es hat sich nun aber gezeigt, dass die fristlose Kündigung ohne wichtigen Grund erfolgt ist und daher ungerechtfertigt war. Das Argument der X. AG verfährt damit nicht. 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). Y. ist daher so zu stellen, als hätte es die fristlose Entlassung nicht gegeben. Er hat folglich Anspruch auf den Lohn bis zum 30. September 2010, auf welches Datum hin die ordentliche Kündigung bereits ausgesprochen gewesen war. Zur Berechnung des Lohnanspruches, wie sie die Vorinstanz vorgenommen hat, äussert sich die X. AG in der Berufung nicht. Nach Art. 311 ZPO muss die Berufung eine Begründung enthalten. Begründen im Sinne der genannten Vorschrift bedeutet aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein. Sie ist eine gesetzliche, von Amtes wegen zu prüfende Zulässigkeitsvoraussetzung für die Berufung. Fehlt sie, so tritt das obere kantonale Gericht nicht auf die Berufung ein (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 27. August 2012, 5A\_438/2012, E. 2.2, mit Hinweisen). Da die X. AG sich zur Berechnung des Lohnanspruches nicht äussert, auch nicht in Eventualerörterungen für den Fall, dass ihrem

Hauptantrag nicht gefolgt wird, muss sich die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts auch nicht weiter damit ausein-

Seite 19 — 30 andersetzen. Selbst wenn jedoch der von der Vorinstanz zugesprochene Lohnanspruch zu prüfen wäre, würde sich offensichtlich zeigen, dass die Vorinstanz vom richtigen monatlichen Einkommen, inklusive dem 13. Gehalt pro rata temporis, ausgegangen ist und die notwendigen Sozialabzüge korrekt berechnet hat, zieht sie dabei doch die von der X. AG selbst erstellten Lohnabrechnungen der Monate Januar bis Juli 2010 zum Vergleich hinzu. Für die Monate August und September 2010 steht Y. somit ein Nettolohn von Fr. 9'877.90 zu. Die X. AG hat zudem klä- rweise die Sozialabzüge und die Quellensteuer, die für diese Zeit anfallen, den entsprechenden Institutionen zu überweisen, so wie es die Vorinstanz angeordnet hat. b) Die X. AG anerkennt einen Lohnanspruch von Y. für die Zeit vom 1. bis 24. Au- gust 2010. Sie macht in diesem Zusammenhang jedoch geltend, aufgrund des Verhaltens von Y. sei ihr ein grosser Schaden entstanden, den sie mit diesem Lohnanspruch zur Verrechnung bringe, so dass keine offenen Lohnansprüche mehr bestehen würden. aa) Gemäss Art. 120 Abs. 1 OR können zwei Personen Geldsummen oder andere Leistungen, die ihrem Gegenstand nach gleichartig sowie fällig sind, zur Verrech- nung bringen. Damit die Verrechnungslage eintritt, müssen positive wie auch ne- gative Voraussetzungen erfüllt sein. Die positiven Voraussetzungen lassen sich mit folgenden Stichworten zusammenfassen: Existenz zweier Forderungen, Ge- genseitigkeit, Gleichartigkeit, Fälligkeit und Klagbarkeit. Dazu kommen als negati- ve Voraussetzungen, dass die Verrechnung weder durch Vertrag noch durch Ge- setz ausgeschlossen worden ist. Übt der Berechtigte sein Verrechnungsrecht durch Erklärung aus, bewirkt das den Untergang sowohl der Verrechnungs- als auch der Hauptforderung, jeweils bis zur Höhe des niedrigeren Betrages. Der Ein- tritt der Verrechnungswirkung wird nach Art. 124 Abs. 2 OR zurückbezogen auf den Zeitpunkt, da die Forderungen zur Verrechnung geeignet einander gegenü- berstanden. Die Forderungen gehen also nicht erst im Zeitpunkt der Abgabe (be- ziehungsweise des Zugangs) der Verrechnungserklärung unter. Auch bestrittene Forderungen können zur Verrechnung gestellt werden (Art. 120 Abs. 2 OR); in diesem Fall tritt die Verrechnungswirkung grundsätzlich ebenso ein. Wer die Ver- rechnung einer bestrittenen Forderung erklärt, drängt damit den anderen in die Klägerrolle. bb) Vorliegend hat die X. AG bereits im Schreiben der fristlosen Kündigung darauf hingewiesen, dass sie eine Schadenersatzforderung in Höhe von Fr. 12'000.-- gel- tend mache, die sie mit den Lohnansprüchen von Y. verrechnen werde (vorin-

Seite 20 — 30 stanzliche Akten, act. III/3). In der Prozessantwort hat sie erneut erklärt, dass der Schadenersatz in Höhe von Fr. 12'000.-- zur Verrechnung gebracht werde (vorin- stanzliche Akten, act. II/3, S. 7, Ziff. 18). Da auch eine bestrittene Forderung zur Verrechnung gestellt werden kann, ist die Verrechnungserklärung der X. AG grundsätzlich beachtlich. Y. kann die Verrechnung und damit den Untergang sei- ner Lohnforderung nur verhindern, indem er sich gerichtlich dagegen wehrt. Dies hat er getan, indem er eine Forderungsklage gegen die X. AG instanziiert hat, mit welcher er unter anderem seine Lohnansprüche durchsetzen will. Diese Forde- rungsklage enthält implizit den Antrag, die Verrechnung nicht zuzulassen. Indem Y. in der Berufungsantwort dafür hält, dass die von der X. AG geltend gemachte Schadenersatzforderung nicht ausgewiesen sei (act. A.2, S. 12, ad 26), wendet er sich gegen den Bestand der Verrechnungsforderung und damit gegen die positive Voraussetzung der Verrechnung, dass zwei Forderungen existieren müssen. Es ist

daher im Folgenden – gewissermassen als Vorfrage zur Verrechnung (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 1. September 2011, 4A\_285/2011, E 3.1) – zu prüfen, ob der X. AG eine Schadenersatzforderung gegen Y. zusteht beziehungsweise ob die X. AG eine solche nachgewiesen hat. Dabei ist in einem ersten Schritt die Frage zu beantworten, ob überhaupt ein Schaden entstanden beziehungsweise nachgewiesen ist. cc) Schaden ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen. Der Schaden entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 132 III 186 E 8.1). Die Vermehrung der Passiven tritt sodann bereits mit der Entstehung der Verbindlichkeit, nicht erst mit deren Erfüllung, ein (BGE 116 II 441 E 3a/aa). Wer einen Schaden geltend machen will, hat somit grundsätzlich nachzuweisen, dass eine unfreiwillige Vermögensverminderung in einer bestimmten Höhe aufgrund eines bestimmten Ereignisses erfolgt ist. Bezüglich des von der X. AG geltend gemachten Schadens ist nun zunächst festzustellen, dass dieser, soweit er mit Mehrarbeit der beiden Mitarbeiterinnen A. und B. begründet wird, nicht nachgewiesen ist. A. hat in ihrer Einvernahme zwar ausgeführt, sie hätte bei ihrem Ausscheiden aus der X. AG 80 Überstunden gehabt (vorinstanzliche Akten, act. VI/4, S. 6, zu Frage 16), und B. hat erklärt, sie meine, sie habe rund vier Arbeitswochen Mehraufwand gehabt (vorinstanzliche Akten, act. VI/5, S. 3, zu Frage 3). Diese Angaben sind aber in keiner Weise belegt worden. Neben einem Beleg für die Anzahl der Stunden fehlen insbesondere jedwelle Unterlagen, die darüber

Seite 21 — 30 Auskunft geben, was für Leistungen in dieser Zeit konkret erbracht worden sind und wie diese mit einem möglichen falschen Format der Dateien von Y. zusammenhängen sollen. Damit aber ist weder für Y., noch für das Gericht überprüfbar, ob beziehungsweise inwieweit die geltend gemachten Arbeitsstunden und damit die darauf abgestützte und behauptete Vermögenseinbusse tatsächlich aufgrund des angeblich falschen Formates, in dem Y. seine Dateien abgespeichert haben soll, notwendig geworden sind, mithin auf dem behaupteten schädigenden Ereignis fussen. Dabei wäre es für die X. AG ein Leichtes gewesen, die Arbeitsstunden zu erfassen, wie sie es zweifellos für andere Mandate, die sie führt, auch tut, und damit die Anzahl Stunden und die Leistungen zu belegen. Im Übrigen wäre bezüglich den von A. genannten 80 Überstunden ebenso wenig klar, zu welchem Stundenansatz diese veranschlagt werden müssten. Der in der Prozessantwort genannte Stundenansatz von Fr. 120.-- ist offensichtlich ganz erheblich zu hoch, nachdem A. im Monatslohn angestellt war und dieser sich in derselben Grössenordnung bewegt haben dürfte, wie derjenige von B., die A. ersetzt hat. Bezüglich des geltend gemachten Mehraufwands von A. wäre somit auch die Höhe nicht belegt, ja noch nicht einmal behauptet. Der Aufwand, der durch die bei den Mitarbeiterinnen angefallene Mehrarbeit entstanden sein soll, ist nach dem Gesagten nicht nachgewiesen, weil nicht klar ist, ob beziehungsweise inwieweit er auf das behauptete schädigende Ereignis zurückzuführen ist; er kann daher Y. nicht entgegengehalten werden. Mit Bezug auf die Rechnung der E. vom 25. Februar 2011 über Fr. 1'846.40 ist festzustellen, dass sich auch diesbezüglich nicht überprüfen lässt, inwieweit ein mögliches falsches Format der Dateien von Y. den Aufwand verursacht hat, der mit dieser Rechnung ausgewiesen werden soll. In diesem Zusammenhang ist insbesondere festzustellen, dass die E. nicht über das Programm verfügte, mit dem Y. die Dateien erstellt hatte. Vielmehr arbeitete sie mit der Vollversion des Programmes, von welchem die X. AG eine Light-Version besass und

benutzte (vgl. die Aussage von A., Akten der Vorinstanz, act. VI/4, S. 3 f., zu Frage 7, und S. 4, zu Frage 10). Mit der Light-Version aber waren gemäss den Behauptungen der X. AG die Dateien nicht zu öffnen. Und offensichtlich war auch mit der Vollversion ein vollständiger Zugriff auf die Dateien nicht möglich, ansonsten die von der X. AG geltend gemachten weiteren Bemühungen der beiden Mitarbeiterinnen zur Wiederherstellung der Daten nicht notwendig gewesen wären. Es finden sich nun in den Akten aber keine Belege – wie zum Beispiel Bestätigungen von Fachpersonen – dafür, dass eine Übergabe der Daten an die E. trotzdem angezeigt war und nicht an einen Dritten, der über dasselbe Programm verfügte, mit dem Y. die Dateien erstellt hatte, und der daher ohne Probleme und mit wenig Aufwand die Dateien hätte öffnen und konvertieren können. Nachdem Y. vor der

Seite 22 — 30 fristlosen Kündigung rund 10 Monate bei der X. AG gearbeitet hatte, ist davon auszugehen, dass das Programm bekannt war, mit welchem er arbeitete, ansonsten es über das Format DGN im Internet leicht hätte identifiziert werden können. Aufgrund der Akten kann nach dem Gesagten nicht geprüft werden, ob beziehungsweise inwieweit der Aufwand, der mit der Rechnung der E. geltend gemacht wird, tatsächlich notwendig war beziehungsweise auf ein Fehlverhalten von Y. zurückging und nicht auf eine unzumutbare Entscheidung der X. AG. Unter diesen Umständen aber ist auch der Aufwand, der mit der Rechnung der E. ausgewiesen werden soll, nicht belegt. Es zeigt sich somit, dass der Schaden, den die X. AG geltend macht, nicht nachgewiesen ist, wovon die Vorinstanz somit zu Recht ausgegangen ist. Ist der Schaden aber nicht ausgewiesen, kann ein entsprechender Schadenersatzanspruch Y. nicht entgegen gehalten werden. Ebenso wenig aber kann eine Verrechnung mit ausstehenden Lohnforderungen zugelassen werden, wenn wie vorliegend weder Bestand noch insbesondere Höhe der Verrechnungsforderung nachgewiesen sind. Dies gilt sowohl für die Lohnansprüche, die Y. für die Zeit vom 1. bis 24. August 2010 zustehen, als auch für jene, die in der Zeit vom 25. August bis 30. September 2010 entstanden sind. Schliesslich sei der Vollständigkeit halber noch darauf hingewiesen, dass eine Schätzung des Schadens durch das Gericht (Art. 42 Abs. 2 OR analog) vorliegend nicht in Betracht kommt, nachdem für die X. durchaus die Möglichkeit bestanden hätte, den Schaden nachzuweisen. dd) Selbst wenn jedoch ein Schaden ausgewiesen wäre, sowohl in seinem Bestand als auch in seiner Höhe, könnte die Verrechnung vorliegend nicht zugelassen werden, da es an der Gegenseitigkeit der Forderungen fehlen würde. Wie bereits die Vorinstanz richtigerweise festgestellt hat, steht dem Arbeitgeber, der eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung ausspricht, kein Anspruch auf Schadenersatz gemäss Art. 337b OR zu. Nachdem auch kein fristloses Verlassen der Arbeitsstelle durch Y. nachgewiesen ist, fällt ein Schadenersatzanspruch gemäss Art. 337d Abs. 1 OR ebenso ausser Betracht. Ein Anspruch auf Ersatz des Schadens könnte damit vorliegend einzig allenfalls auf Art. 321e Abs. 1 OR gestützt werden. Die Haftung gemäss Art. 321e OR setzt neben der Verletzung einer vertraglichen Pflicht, einem Schaden und dem Verschulden des Arbeitnehmers, das jedoch vermutet wird, wenn der Arbeitnehmer sich nicht exkulpieren kann (Urteil des Bundesgerichts vom 1. Juni 2005, 4C.103/2005, E. 1.3), auch einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden voraus. Adäquat ist der Kausalzusammenhang, wenn die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtwidrigkeit nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der all-

Seite 23 — 30 gemeinen Lebenserfahrung geeignet war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Erfolg also durch die Pflichtverletzung als allgemein begünstigt erscheint. Dies gilt es nun zu prüfen. Wie sich aus den Akten und auch aus der

Berufung ergibt, macht die X. AG einen Schaden geltend, den sie erlitten haben will, weil die von Y. angeblich in einem falschen Format gespeicherten Daten hätten wiederhergestellt werden müssen. Ein weitergehender Schaden wird nicht behauptet. Insbesondere macht die X. AG nicht geltend, ihr sei ein Schaden erwachsen beziehungsweise sie sei selbst schadenersatzpflichtig geworden, weil sie über eine gewisse Zeit nicht auf die Daten habe zugreifen können. Es geht mithin vorliegend einzig um Aufwendungen für eine aufgrund eines angeblich falschen Formates notwendige Wiederherstellung der Daten. Unbesehen der Frage, ob Y. seine Dateien tatsächlich in einem falschen Format abgespeichert hatte, konnte eine Wiederherstellung derselben aber von vornherein nur notwendig werden, wenn kein Zugriff mehr auf das Programm vorhanden war, mit dem die Dateien erstellt worden waren. Solange Y. bei der X. AG angestellt war, war dieser Zugriff jedoch sichergestellt. Eine Wiederherstellung der Daten war daher von vornherein nicht notwendig, solange Y. bei der X. AG arbeitete. Dies zeigt auch der von der X. AG angeführte – und von Y. bestrittene – Umstand, dass Y. im April 2010 in die Ferien gefahren sein soll, ohne vorher die Dateien im richtigen Format abzuspeichern. Dass damals eine Wiederherstellung der Daten notwendig gewesen wäre, ergibt sich weder aus den Behauptungen der X. AG noch aus den Akten. Es ist somit festzustellen, dass eine Wiederherstellung der Daten erst durch die ungerechtfertigte fristlose Kündigung notwendig wurde, die dazu führte, dass der Arbeitgeberin weder die Arbeitskraft von Y., noch das von ihm verwendete Programm weiterhin zur Verfügung stand. Diese Feststellung gilt selbst dann, wenn man davon ausgehen wollte, dass Y. im August 2010 tatsächlich eigenmächtig seine Ferien verlängert hätte. Gemäss Ausführungen der X. AG waren nämlich noch im November 2010 Arbeiten an der Wiederherstellung der Daten notwendig. Es hätte daher keinen Sinn gemacht, eine Wiederherstellung ins Auge zu fassen, wenn Y. ein paar Tage zu spät aus den Ferien zurückgekommen wäre. Den geltend gemachten Schaden ausgelöst hat damit die ungerechtfertigte fristlose Entlassung. Nach der Rechtsprechung unterbricht eine vom Geschädigten gesetzte Ursache den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der vom Schädiger gesetzten Ursache und dem Schaden dann, wenn sie einen derart hohen Wirkungsgrad aufweist, dass die vom Schädiger gesetzte Ursache nach wertender Betrachtungsweise als rechtlich nicht mehr beachtlich erscheint (vgl. BGE 130 II 182 E 5.4, mit Hinweisen). Vorliegend nun muss das Vorgehen der X. AG, nämlich das Aussprechen einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung nur fünf Wochen

Seite 24 — 30 vor der ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses und in Kenntnis, dass nach dem Ausscheiden von Y. kein Zugriff mehr auf das von ihm verwendete Programm vorhanden sein würde, weshalb das Öffnen der Dateien allenfalls schwierig werden könnte (was sich gemäss Kündigungsschreiben bereits vor der fristlosen Kündigung gezeigt hatte, vorinstanzliche Akten, act. III/3), als derart massiver Eingriff gewertet werden, dass ein mögliches Fehlverhalten von Y. vollkommen in den Hintergrund gerückt wird und das Verhalten der Arbeitgeberin gewissermassen als alleinige Ursache des Schadens dasteht. Ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen einem Fehlverhalten von Y. bezüglich des Abspeicherns der Daten wird daher durch die ungerechtfertigte fristlose Kündigung unterbrochen. Dies gilt auch dann, wenn miteinbezogen wird, dass Y. bereits am 10. August 2010 von einer fristlosen Kündigung ausging. D. erhielt noch am selben Tag Kenntnis davon, dass sein Arbeitnehmer von einer fristlosen Entlassung ausging. Es musste ihm auch klar sein, dass diese Annahme nicht aus der Luft gegriffen war, hatte er doch Y. an diesem Tag in einem Gespräch sein Vertrauen entzogen und den

Schlüssel zurückverlangt. D. entschied sich trotz dieser Umstände dafür, dieses Missverständnis nicht aufzuklären. Erst das Verhalten von D. führte also dazu, dass damit gerechnet werden musste, dass Y. nicht mehr an seinem Arbeitsplatz erscheinen würde und damit der Zugriff auf das Programm, mit dem er seine Dateien erstellte, verloren ging. Auch unter diesen Gesichtspunkten muss das Verhalten von D. als dermassen entscheidend beurteilt werden, dass ein mögliches Fehlverhalten von Y. vollkommen in den Hintergrund tritt. Im einen wie im anderen Fall wird ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen einem Fehlverhalten von Y. und dem geltend gemachten Schaden durch das Verhalten von D. beziehungsweise der X. AG unterbrochen. Y. hat für den behaupteten Schaden folglich nicht einzustehen, so dass es an der Gegenseitigkeit der zur Verrechnung gestellten Forderungen fehlt, weshalb keine Verrechnung mit offenen Lohnforderungen erfolgen kann. Dies gilt sowohl für die vor, als auch für die nach der fristlosen Kündigung entstandenen Lohnansprüche. c) Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid festgestellt, Y. habe einen Anspruch auf Überstunden- und Feriensaldoauszahlung nicht abschliessend bewiesen und anlässlich der Hauptverhandlung auch nicht mehr geltend gemacht. Nachdem Oliver Scheider das vorinstanzliche Urteil nicht angefochten hat, hat es bei den Erwägungen der Vorinstanz sein Bewenden. Aus dem Dargelegten ergibt sich mithin, dass Y. Anspruch auf den Lohn bis zum 30. September 2010 hat und dass die Vorinstanz diesen Lohnanspruch korrekt errechnet hat. Weiter hat sich gezeigt, dass der von der X. AG geltend gemachte Schaden weder in seinem Bestand

Seite 25 — 30 noch in seiner Höhe nachgewiesen ist beziehungsweise dass Y. für diesen Schaden selbst dann nicht einzustehen hätte, wenn er nachgewiesen wäre, weshalb die Schadenersatzforderung nicht mit der Lohnforderung zur Verrechnung gebracht werden kann. Y. steht daher ein Lohnanspruch in Höhe von Fr. 9'877.90 netto gegen die X. AG zu; zudem hat die X. AG die Sozialbeiträge und die Quellensteuer den entsprechenden Institutionen zu entrichten, wie es die Vorinstanz bestimmt hat. Das vorinstanzliche Urteil ist somit in diesen Punkten zu bestätigen und die Berufung abzuweisen. d) Die Vorinstanz hat Y. für seinen Lohnanspruch einen Zins zu 5 % seit dem 26. August 2010 zugesprochen. Die X. AG äussert sich dazu in der Berufung nicht, auch nicht in einer Eventualerörterung für den Fall, dass ihrem Hauptbegehren nicht entsprochen wird. Damit fehlt es diesbezüglich an einer Begründung, weshalb die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts nicht weiter darauf eingehen muss. 6. Neben dem Lohnanspruch für die Zeit bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist am 30. September 2010 hat die Vorinstanz Y. auch eine Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR in Höhe eines Monatslohnes zugesprochen. Die X. AG macht nun geltend, weil die fristlose Kündigung zu Recht erfolgt sei, bestehe keine Grundlage für eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR. Es könne aber auch nicht von einer übermässigen Beeinträchtigung der sozialen und wirtschaftlichen Lage von Y. gesprochen werden und eine seelische Unbill durch die fristlose Kündigung sei nicht ersichtlich. Y. habe die fristlose Kündigung geradezu provoziert, indem er nicht aus den Ferien zurückgekehrt sei und das Arbeitsergebnis falsch abgespeichert habe, wodurch sie das Projekt nicht mehr habe weiterbearbeiten können. Im Weiteren habe die Vorinstanz die Entschädigung unter Hinweis auf die eingereichte Strafanzeige begründet. Diese stehe mit der fristlosen Kündigung aber nicht in einem direkten Zusammenhang. a) Art. 337c Abs. 3 OR sieht als Sanktion bei ungerechtfertigter fristloser Kündigung durch den Arbeitgeber eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen vor. Diese hat sowohl Strafcharakter als auch Genugtuungsfunktion und soll die durch die ungerechtfertigte fristlose Kündigung erlittene Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers abgelden. Sie

hat sich entscheidend nach der Strafwürdigkeit des Verhaltens des Arbeitgebers, der Schwere der Persönlichkeitsverletzung, dem Mass der Widerrechtlichkeit der fristlosen Entlassung, der finanziellen Situation der Parteien und der Schwere eines Mitverschuldens des Arbeitnehmers zu richten. In aller Regel ist eine Entschädigung geschuldet. Nur wenn ausserordentliche Umstände vorliegen, die trotz ungerechtfertigter fristloser Kündigung Seite 26 — 30 keine Strafzahlung zu Lasten des Arbeitgebers rechtfertigen, kann sie verweigert werden. Die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR wird vom Sachgericht nach pflichtgemäsem Ermessen aufgrund der Umstände des Einzelfalles festgesetzt (vgl. zum Ganzen das Urteil des Bundesgerichts vom 22. Dezember 2010, 4A\_511/2010, mit zahlreichen Hinweisen). b) Wie bereits einlässlich dargelegt, ist die fristlose Kündigung am 26. August 2010 zu Unrecht erfolgt, weshalb durchaus eine Grundlage für die Anwendung von Art. 337c Abs. 3 OR besteht. Es sind vorliegend auch keine ausserordentlichen Umstände ersichtlich, die gegen die Zusprechung einer Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR sprechen würden. Insbesondere kann entgegen den Ausführungen der X. AG nicht gesagt werden, Y. habe die fristlose Entlassung geradezu provoziert, denn es ist nicht nachgewiesen, dass er seine Ferien eigenmächtig verlängert hätte, und das – bestrittene – Abspeichern der Dateien in einem falschen Format vermöchte von vornherein nicht die Schwere zu erreichen, die für eine fristlose Entlassung notwendig wäre, nachdem eine Abmahnung nicht belegt ist. Zudem ist zu beachten, dass das Arbeitsverhältnis bereits auf den 30. September 2010 ordentlich gekündigt worden war und im Zeitpunkt der fristlosen Entlassung nur noch fünf Wochen dauern sollte, weshalb ein Grund sehr schwerwiegend sein müsste, wenn er eine fristlose Entlassung rechtfertigen sollte. Im Weiteren hat sich gezeigt, dass D. gegen Treu und Glauben versties, als er den Umstand, dass Y. weder am 25., noch am 26. August 2010 zur Arbeit erschien, als Anlass für eine fristlose Kündigung nahm, denn D. wusste, dass Y. bereits am 10. August 2010 davon ausgegangen war, dass ihm fristlos gekündigt worden war, und D. hatte dieses Missverständnis nicht aufgeklärt, sondern Y. einfach in diesem Glauben gelassen. Die Strafwürdigkeit des Verhaltens der Arbeitgeberin ist daher als nicht unerheblich einzustufen. Eine fristlose Entlassung, die kurz vor dem Ende der ordentlichen Kündigungsfrist zu Unrecht ausgesprochen wird, muss im Weiteren als erheblicher Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers beurteilt werden, denn sie enthält den ungerechtfertigten Vorwurf einer sehr schwerwiegenden Verfehlung. Bereits aufgrund dieser Feststellungen ist die von der Vorinstanz zugesprochene Entschädigung in Höhe von Fr. 6'050.--, die einem Monatslohn entspricht und sich am unteren Rand des vom Gesetzgeber vorgegebenen Rahmens bewegt, wie die X. AG in der Berufung selbst ausführt (act. A.1, S. 16, Ziff. 52), durchaus gerechtfertigt, weshalb das weitere Argument der Vorinstanz, dass Y. durch die Strafanzeige der X. AG weitere seelische Unbill zugefügt worden sei, gar nicht mehr geprüft werden muss. Insgesamt gesehen ist daher festzustellen, dass die von der Vorinstanz zugesprochene Entschädigung gemäss Art.

Seite 27 — 30 337c Abs. 3 OR in Höhe von Fr. 6'050.-- unter den gegebenen Umständen durchaus angemessen erscheint. Auch in diesem Punkt ist die Berufung somit unbegründet und das vorinstanzliche Urteil ist zu bestätigen. 7. Schliesslich wendet sich die X. AG mit ihrer Berufung auch gegen die vorinstanzliche Verteilung der ausseramtlichen Kosten. Sie macht geltend, gemäss Feststellung der Vorinstanz habe Y. zu 2/3 und sie selbst zu 1/3 obsiegt. Selbst wenn man davon ausgehe, dass die Vorinstanz die Klage von Y. zu Recht in diesem Umfange geschützt habe, stehe Y. nur eine reduzierte ausseramtliche Ent-

schädigung zu. Aus unerfindlichen Gründen habe die Vorinstanz die ausseramtlichen Kosten von Y. mit Fr. 28'800.-- veranschlagt, obwohl Rechtsanwalt lic. iur. et oec. Pius Fryberg eine Honorarnote von etwas mehr als Fr. 9'000.-- eingereicht habe. Die Y. zugesprochene ausseramtliche Entschädigung von Fr. 9'600.-- sei auf jeden Fall ganz erheblich zu reduzieren. Y. hält dem entgegen, er sei mit seinem Begehren vollständig durchgedrungen, zumindest in den wesentlichen Punkten. Aus diesem Grunde sei die ausseramtliche Entschädigung in ihrer Höhe nicht zu beanstanden, unabhängig davon, ob die Begründung zutrefte oder nicht. – Es ist der X. AG zuzustimmen, dass nicht nachvollziehbar ist, weshalb die Vorinstanz bei Y. von ausseramtlichen Kosten in Höhe von Fr. 28'800.-- ausgegangen ist, während sein Rechtsvertreter eine Honorarnote über Fr. 9'664.50 ins Recht gelegt hat (vorinstanzliche Akten, act. III/16). Für die Bemessung der ausseramtlichen Kosten ist selbstverständlich von der Honorarnote auszugehen. Y. wiederum macht geltend, er sei mit seinem Begehren in allen Hauptpunkten durchgedrungen, weshalb die Höhe der ausseramtlichen Entschädigung gerechtfertigt sei. Damit stellt er sich gegen die Feststellung der Vorinstanz, er habe nur zu 2/3 obsiegt. Es trifft zu, dass der Vorinstanz bei der Berechnung des Obsiegens ein Fehler unterlaufen ist. Die Vorinstanz hat Y. den Nettolohn für die Monate August und September 2010 zugesprochen. Gleichzeitig hat sie die X. AG verpflichtet, die Sozialbeiträge und die Quellensteuer, wie in den Erwägungen festgehalten, an die entsprechenden Institutionen zu überweisen. Nettolohn, Sozialbeiträge und Quellensteuer, wie sie in den Erwägungen der Vorinstanz errechnet worden sind, ergeben zusammen Fr. 13'000.--. Y. hat gemäss Rechtsbegehren in der Prozesseingabe beantragt, ihm unter dem Titel Lohn Guthaben/Überstunden Fr. 13'000.-- zuzusprechen und die X. AG zu verpflichten, vom eingeklagten Betrag die Sozialabzüge und die Quellensteuer zu bezahlen. Es ist offensichtlich, dass die Vorinstanz Y. mit Bezug auf die Lohnforderung genau das zugesprochen hat, was er verlangt hat. Bezüglich der Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR hat sie ihm jedoch anstatt der beantragten Fr. 10'000.-- lediglich Fr. 6'050.-- zugestanden.

Seite 28 — 30 Y. hat somit von den eingeklagten Fr. 23'000.-- insgesamt Fr. 19'050.-- erhalten. Ausserdem wurde der Antrag auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses gutgeheissen, wobei sich die Beklagte nicht substantiiert dagegen wehrte und diesbezüglich kein nennenswerter prozessualer Aufwand entstand. Damit hat der Kläger zu rund 5/6 und die X. AG zu lediglich 1/6 obsiegt. Die ausseramtlichen Entschädigungen für das vorinstanzliche Verfahren sind dementsprechend zu bemessen. Der Anwalt von Y. hat – wie bereits festgestellt – eine Honorarnote in Höhe von Fr. 9'664.50 ins Recht gelegt (vorinstanzliche Akten, act. III/16). Dieser Betrag scheint der Schwierigkeit und der Bedeutung des Falles angemessen. 5/6 des Betrages entsprechen Fr. 8'053.75. Der Vertreter der X. AG wiederum hat eine Honorarnote für die Leistungen eingereicht, die er bis Ende 2010 erbracht hat, sowie eine weitere Honorarnote für die Leistungen ab 1. Januar 2011 (vorinstanzliche Akten, act. IV/10 und 11). Insgesamt ist damit ein Aufwand von Fr. 7'644.65 (Fr. 2'375.80 + Fr. 5'235.85) ausgewiesen, der als angemessen beurteilt werden kann. 1/6 des Betrages entsprechen Fr. 1'268.60. Damit steht fest, dass die X. AG Y. eine ausseramtliche Entschädigung in Höhe von Fr. 8'053.75 zu bezahlen hat, während Y. die X. AG mit Fr. 1'268.60 entschädigen muss. Nach Aufrechnung der jeweils geschuldeten aussergerichtlichen Entschädigungen verbleibt mithin eine Forderung von Y. gegen die X. AG in Höhe von Fr. 6'785.15. Die X. AG hat daher Y. für das vorinstanzliche Verfahren ausseramtlich mit Fr. 6'785.15 zu entschädigen. Das vorinstanzliche Urteil ist insoweit zu korrigieren. 8. a) Insgesamt lag vorliegend nebst der von der Vorinstanz zugesprochenen

ausseramtlichen Entschädigung eine Hauptforderung von Fr. 19'050.-- (Fr. 13'000.-- Lohnforderung und Sozialabgaben/Quellensteuer, Fr. 6'050.-- Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR) im Streite. Da es sich um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit handelt, findet mit Bezug auf die Gerichtskosten somit Art. 114 lit. c ZPO Anwendung, weshalb das Verfahren vor der Berufungsinstanz für die Parteien kostenlos ist. b) Auch wenn das Gerichtsverfahren für die Parteien kostenlos ist, ist trotzdem eine ausseramtliche Entschädigung geschuldet. Vorliegend waren unter Berücksichtigung der ausseramtlichen Entschädigung von Fr. 9'600.-- insgesamt Fr. 28'650.-- strittig. Es kann jedoch nur eine Korrektur in Höhe von Fr. 2'814.85 (Fr. 9'600.00 - Fr. 6'785.15) an der ausseramtlichen Entschädigung vorgenommen werden. In den übrigen Punkten ist das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen und die Berufung abzuweisen. Die X. AG ist mithin lediglich zu rund 1/10 mit ihren Behauptungen durchgedrungen, während Y. zu 9/10 obsiegt hat. Die ausseramtlichen Entschädigungen sind entsprechend diesem Ausgang des Verfahrens zu verlegen

Seite 29 — 30 (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Weder Rechtsanwalt lic. iur. Remo Cavegn noch Rechtsanwalt lic. iur. et oec. Pius Fryberg haben eine Honorarnote für das Berufungsverfahren eingereicht. Die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts hat den jeweiligen Aufwand daher ermessensweise festzusetzen. Beide Parteien hatten sich zunächst mit dem Urteil der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Dann war jeweils eine Rechtsschrift zu verfassen und die Rechtsschrift der Gegenpartei zur Kenntnis zu nehmen. Unter Berücksichtigung der notwendigen Verrichtungen, der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen sowie der gesamten Umstände und unter Aufrechnung der gegenseitig geschuldeten ausseramtlichen Entschädigungen gelangt die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts zum Schluss, dass eine reduzierte ausseramtliche Entschädigung an Y. in Höhe von Fr. 3'000.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) angemessen ist.

Seite 30 — 30 III.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.