

ZH_OBERGERICHT LA160018 vom 15. November 2016

ZH Obergericht, 2016-11-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA160018

FR: ZH_OBERGERICHT LA160018 du 15 novembre 2016

IT: ZH_OBERGERICHT LA160018 del 15 novembre 2016

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

E. 1.1

Die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend: Beklagte) ist im Getränkehandel tätig. Der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Kläger) arbeitete seit dem 1. Juli 2008 bei der Beklagten, ab dem 1. August 2012 als Chauffeur.

- 5 - Nach einer schriftlichen Verwarnung am 8. Oktober 2013 (Urk. 6/11) kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis am 11. Dezember 2013 fristlos.

E. 1.2

Am 28. Oktober 2014 reichte der Kläger unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes ... vom 4. August 2014 bei der Vorinstanz die vorliegende arbeitsrechtliche Klage mit den eingangs erwähnten Begehren ein. Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens ist auf die Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 47 S. 3).

E. 1.3

Mit Urteil vom 11. Mai 2016 sprach die Vorinstanz dem Kläger Fr. 14'487.05 brutto (Lohn/Ferienersatz) und eine Pönalentschädigung in Höhe eines Monatslohns (Fr. 4'800.– netto), je zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. März 2014, zu und verpflichtete die Beklagte zu Anpassungen des Arbeitszeugnisses des Klägers. Im Übrigen wurde die Klage abgewiesen (Urk. 47 S. 31 f.; Dispositiv eingangs wiedergegeben).

E. 1.4

Gegen diesen Entscheid erhob die Beklagte mit Eingabe vom 16. Juni 2016 rechtzeitig Berufung (Urk. 46). Die Berufungsantwort datiert vom 15. August 2016 (Urk. 51). Auf die Stellungnahme der Beklagten zur Berufungsantwort vom 29. August 2016 (Urk. 55) folgte am 8. September 2016 eine solche des Klägers, welche der Beklagten zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 57).

E. 2

Prozessuales

E. 2.1

Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art.

311 ZPO) ist hinreichend genau aufzu- zeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen be- zeichnet, die er anführt, sich inhaltlich mit diesen auseinandersetzt und mittels ge- nügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Be-

- 6 - hauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügen- den Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1. Sep- tember 2014, E. 5).

E. 2.2

Die Beklagte verbindet mit ihren Berufungsanträgen einen einzigen materiel- len Antrag, nämlich die Abweisung der vom Kläger erhobenen Klage. Mangels Beschwer ist indessen auf die Berufung insoweit nicht einzutreten, als sie sich gegen Dispositiv-Ziff. 3 des angefochtenen Urteils richtet, mit dem die Klage be- reits durch die Vorinstanz teilweise abgewiesen worden ist. Auch hinsichtlich des Kostenentscheids gemäss Dispositiv-Ziff. 4 des angefochtenen Entscheids ist die Beklagte nicht beschwert, weshalb diesbezüglich ebenfalls nicht auf die Berufung einzutreten ist.

E. 3

Parteivorbringen und Erwägungen der Vorinstanz

E. 3.1

Die Beklagte begründete die mündliche fristlose Kündigung vor der Vor- instanz damit, der Kläger sei wegen unangekündigten und unentschuldigten Ab- wesenheiten (u. a. am 5. und 31. Juli 2013), Missachtung von Arbeitsanweisun- gen sowie Ausfälligkeiten gegenüber Vorgesetzten (u. a. am 8. und 16. Juli 2013) mehrfach mündlich und am 8. Oktober 2013 auch schriftlich verwarnet worden. Trotzdem habe er am 27. November 2013 seinen Vorgesetzten D._____ heftig und aggressiv angegriffen und sich diesem widersetzt. Am 28. und 29. November 2013 habe er erneut unangekündigt und unentschuldigt gefehlt. Zwei weitere mündliche Verwarnungen durch den Geschäftsführer C._____ hätten nichts ge- fruchtet. Vielmehr habe der Kläger am 11. Dezember 2013 die Ausführung einer Auslieferungstour zunächst verweigert und diese erst nach Intervention der bei- den Eigentümer der Beklagten, C._____ und E._____, widerwillig doch noch aus- geführt. Als er schliesslich eine angeordnete Aussprache mit seinen direkten Vor- gesetzten verweigert habe, sei ihm vom Geschäftsführer der Beklagten fristlos

- 7 - gekündigt worden (Urk. 9 S. 3 ff.). Der Kläger hält die fristlose Entlassung für un- gerechtfertigt (Urk. 2 S. 5).

E. 3.2

Die Vorinstanz erwog, der Kläger müsse sich vorwerfen lassen, am 5. Juli 2013 unentschuldigt nicht zur Arbeit erschienen zu sein und am 11. Dezember 2013 eine zugeteilte Arbeit erst nach längeren Diskussionen ausgeführt sowie ei- ne Weisung des Geschäftsführers betreffend Aussprache mit den Vorgesetzten F._____ und D._____ missachtet zu haben. Die übrigen vorgebrachten Kündi- gungsgründe, insbesondere

aggressive verbale Ausfälligkeiten, zahlreiche unentschuldigete Abwesenheiten und beharrliches Verweigern von Weisungen, seien jedoch unbewiesen geblieben (Urk. 47 S. 19). Bei den beiden erstellten Verfehlungen handle es sich um zwei nicht zusammenhängende und zeitlich deutlich auseinanderliegende Ereignisse, welche für sich genommen Einzelfälle geblieben seien. Daran ändere nichts, dass der Kläger wohl einen eher schwierigen Charakter aufgewiesen habe und vorlaut gewesen sei. Sein Verhalten sei weder strafbar gewesen noch habe er damit die Würde und Persönlichkeit von Mitarbeitern verletzt oder der Beklagten einen Schaden zugefügt. Auch sei davon auszugehen, dass er die erstellten Verfehlungen nicht böswillig, sondern aufgrund persönlicher Schwierigkeiten begangen habe, was das Motiv der Pflichtverletzungen deutlich relativiere. Ausserdem habe er lange Zeit gute Arbeit verrichtet. Angesichts einer bloss zweimonatigen Kündigungsfrist sei der Beklagten daher zuzumuten gewesen, das Arbeitsverhältnis unter Beachtung der ordentlichen Kündigungsfrist aufzulösen und den Kläger während dieser Zeit weiter zu beschäftigen. Entsprechend habe kein wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung des Klägers vorgelegen, womit sich diese als ungerechtfertigt erweise (Urk. 47 S. 23 f.).

E. 3.3

Weiter erwog die Vorinstanz, als Folge der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung habe der Kläger Anspruch auf Lohnfortzahlung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist am 28. Februar 2014, weshalb die Beklagte zu verpflichten sei, dem Kläger Fr. 14'487.05 brutto zu bezahlen. Aufgrund des Umstands, dass der Geschäftsführer der Beklagten die fristlose Kündigung gegenüber dem Kläger bewusst vor der extra dafür versammelten Belegschaft verkündet und damit die Persönlichkeit des Klägers unnötig verletzt habe, sei die Be-

- 8 - klagte ausserdem zu einer Entschädigung i.S.v. Art. 337c Abs. 3 OR zu verpflichten. Diese setzte die Vorinstanz unter Berücksichtigung der während längerer Zeit gezeigten Geduld der Beklagten sowie angesichts des klaren Mitverschuldens des Klägers an der Kündigung infolge seines ungebührlichen und schwierigen Verhaltens in der Höhe eines Bruttomonatslohns (Fr. 4'800.–) fest. Schliesslich verpflichtete die Vorinstanz die Beklagte zu Anpassungen von Formulierungen im Arbeitszeugnis, welche im Zusammenhang mit der fristlosen Kündigung oder mit einem Führerausweisentzug im Jahr 2009 standen (Urk. 47 S. 25 f.).

E. 3.4

Die Beklagte verlangt im Rahmen ihrer Berufung die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids, da diesem eine falsche Beweislastverteilung und eine fehlerhafte Beweiswürdigung zugrunde lägen. Bei richtiger Betrachtung müsse der ganze Tatsachenvortrag der Beklagten als erstellt betrachtet werden (Urk. 46 S. 4 und S. 20).

E. 4

Beweislastverteilung

E. 4.1

Die Beklagte rügt eine falsche Beweislastverteilung durch die Vorinstanz. Diese sei zu Unrecht davon ausgegangen, die Beklagte habe nicht nur zu beweisen, dass der Kläger an bestimmten Tagen der Arbeit ferngeblieben sei, sondern auch, dass diese Absenzen unentschuldiget erfolgt seien (vgl. dazu Urk. 23 S. 3 f.). Nach den allgemeinen Regeln für die Beweislastverteilung und Beweisführung nach Art. 8 ZGB sowie dem Grundsatz

"negativa non sunt probanda" habe die Beklagte nur den Nachweis einer Absenz als solcher zu erbringen. Von ihr dürfe aber nicht auch noch der Beweis für deren Ungerechtfertigkeit – mithin der Beweis eines Negativums – verlangt werden. Vielmehr trage der Kläger die Beweislast für seine Behauptung, seine Absenzen seien gerechtfertigt bzw. entschuldigt erfolgt (Urk. 46 S. 13).

E. 4.2

Nach Art. 8 ZGB hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet, sofern das Gesetz es nicht anders bestimmt. Lässt sich nicht feststellen, ob sich eine rechtserhebliche Tatsache verwirklicht hat oder nicht, so ist zuungunsten derjenigen Partei zu entscheiden, die aus ihrem Vorhandensein einen Anspruch abgeleitet hätte. Dieser Grundsatz

- 9 - gelangt im Allgemeinen auch dann zur Anwendung, wenn ein rechtserhebliches Negativum beweislos geblieben ist: Sind Entstehung oder Untergang eines Rechtes an das Nichtvorhandensein einer Tatsache geknüpft, so trägt derjenige, der aus ihrem Nichtvorhandensein die Entstehung oder den Untergang eines Rechtes herleitet, die Beweislast für ihr Nichtvorhandensein (Guldener, Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, 1955, S. 51). Eine allgemeine Regel, wonach nur positive Tatsachen, nicht aber Negative beweisbar und zu beweisen seien ("negativa non sunt probanda"), gibt es nicht (BK-Walter, Art. 8 ZGB N 323; BGE 133 V 205 E. 5.5). Negative Tatsachen können zwar nicht unmittelbar bewiesen werden, lassen sich aber oft aus positiven Sachumständen erschliessen (BK-Walter, Art. 8 ZGB N 326 ff.; BSK ZGB I-Schmid/Lardelli, Art. 8 N 72).

E. 4.3

Die Beweislast für Tatsachen, aus denen die Berechtigung zur fristlosen Kündigung abgeleitet wird, obliegt demnach derjenigen Partei, welche die fristlose Kündigung erklärt hat. Wird dieser Beweis nicht erbracht, so ist die ausserordentliche Kündigung ungerechtfertigt (BGE 130 III 213 E. 3.2; ZK-Staehelin, Art. 337 OR N 42 und Art. 337c OR N 25). Die Arbeitgeberin hat somit im Streitfall nicht nur zu beweisen, dass der Arbeitnehmer der Arbeit ferngeblieben war, sondern insbesondere auch, dass dafür kein Rechtfertigungsgrund vorlag, wenn sie aufgrund dieser Absenz das Arbeitsverhältnis fristlos gekündigt hat. Damit ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, die Beklagte trage die Beweislast für die Behauptung, dass der Kläger unentschuldigt an bestimmten Tagen der Arbeit ferngeblieben ist (vgl. Beweissatz B der Beweisverfügung vom 23. Juni 2015, Urk. 23 S. 3).

E. 5

Glaubwürdigkeit der Parteien und der Zeugen

E. 5.1

Die Vorinstanz hielt in ihrer Begründung zunächst allgemein fest, bezüglich der strittigen sachrelevanten Vorfälle lägen praktisch ausschliesslich Partei- und Zeugenaussagen als verwertbare Beweismittel vor. Bei deren Würdigung sei jeweils zu prüfen, ob ein Interesse des Aussagenden bestehe, eine Aussage zugunsten oder zulasten einer Partei zu machen. Insbesondere seien der innere Bezug und allfällige Abhängigkeiten zu ergründen. Bezüglich Parteiaussagen hielt die Vorinstanz fest, sowohl der Kläger als auch C._____ und E._____ als Eigen-

- 10 - tümer der Beklagten hätten ein direktes finanzielles Interesse am Ausgang des Verfahrens. Ihre Aussagen genügten daher für sich allein nicht, um einen Sachverhalt rechtsgenügend zu erstellen oder allenfalls zu widerlegen. Vielmehr könnten die Parteiaussagen nur im Gesamtkontext mit den übrigen Aussagen ein Gesamtbild allenfalls bestärken und bestätigen. In Bezug auf die Zeugeneinvernahmen führte die Vorinstanz sodann aus, bei allen sieben einvernommenen Zeugen handle es sich um Angestellte der Beklagten. Alle würden die Arbeitsbedingungen und das Verhältnis zu den Eigentümern C._____ und E._____ als gut bezeichnen. Hingegen pflege nur ein Zeuge einen engeren Kontakt zum Kläger. Neben einer gewissen Abhängigkeit infolge des bestehenden Arbeitsverhältnisses sei daher bei der Würdigung der Zeugenaussagen auch zu berücksichtigen, dass ein Mitarbeiter, der mit seiner Arbeitgeberin zufrieden sei, bei der Darstellung von mehrere Jahre zurückliegenden Sachverhalten wohl tendenziell und unbeabsichtigt zu einer für die Arbeitgeberin günstigeren Schilderung komme (Urk. 47 S. 6 f.).

E. 5.2

Die Beklagte rügt in ihrer Berufungsschrift, dieses Vorgehen der Vorinstanz stehe im krassen Widerspruch zu den Vorgaben der eidgenössischen Zivilprozessordnung, insbesondere den Bestimmungen über die zulässigen Beweismittel und dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Im Gegensatz zur früheren zürcherischen Zivilprozessordnung gehe es nicht mehr an, einer Parteiaussage zum Vornherein und ohne konkrete inhaltliche Betrachtung jeglichen Beweiswert abzuspochen. Vielmehr seien alle Beweismittel prinzipiell gleichwertig und habe die Beweiswürdigung in erster Linie sach- und inhaltsbezogen zu erfolgen. Daher sei auch ohne Weiteres denkbar, dass ein Sachverhalt allein aufgrund einer einzigen Parteiaussage als erstellt betrachtet werde, wenn diese sachlich überzeuge und mit der übrigen Sach- und Beweislage ein stimmiges Gesamtbild ergebe (Urk. 46 S. 6 f.).

E. 5.3

Wie die Beklagte zutreffend ausführt, verbieten der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gemäss Art. 157 ZPO und das Recht auf Beweis gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO einen generellen Ausschluss von Parteiaussagen zu eigenen Gunsten als Beweismittel (anders noch § 149 Abs. 3 ZPO/ZH). Daher trifft der

- 11 - Hinweis der Vorinstanz, die Aussagen der Parteien könnten "aufgrund der unmittelbaren Betroffenheit und der persönlichen Interessen für sich alleine nicht genügen, um eine[n] Sachverhalt rechtsgenügend zu erstellen oder allenfalls zu widerlegen", nicht zu. Eine Würdigung der konkreten Beweisergebnisse in dem Sinne, dass der Beweiswert von Parteiaussagen zu eigenen Gunsten im konkreten Einzelfall geringer einzustufen ist als die übrigen Beweisergebnisse und Indizien, steht jedoch nicht im Widerspruch zum Grundsatz der freien Beweiswürdigung (BK ZPO-Bühler, Art. 191 und 192 N 19 ff.; KUKO ZPO-Schmid, Art. 191-193 N 14).

E. 5.4

Bei der konkreten Beweiswürdigung hat die Vorinstanz (entgegen ihrer oben unter Ziff. 5.1 wiedergegebenen Erwägung IV/B) den Aussagen der Parteien nicht a priori jeglichen Beweiswert abgesprochen, sondern jeweils dargelegt, weshalb sie unter Berücksichtigung der übrigen Beweismittel auf eine bestimmte Parteiaussage abstellte oder nicht (vgl. Urk. 47 S. 11 ff. E. IV/C/4a-e [insbesondere 4c] und S. 15 ff. E. IV/D/3a-d). Die Vorinstanz hat

auch bei der Würdigung der Zeu- genaussagen die Interessenlage der einzelnen Zeugen geprüft. Dass sie dabei zusammenfassend für alle Zeugen festhielt, bei der Beweiswürdigung sei eine gewisse Abhängigkeit aufgrund der Stellung als Lohnempfänger wie auch der Ein- fluss des selbst als positiv wahrgenommenen Arbeitsverhältnisses auf das Erinne- rungsvermögen zu berücksichtigen (Urk. 47 S. 7), ist nicht zu beanstanden, zumal sie diese Ausführungen bei der Würdigung der einzelnen Zeugenaussagen, wo nötig, präzierte (vgl. Urk. 47 S. 13 bzgl. der Aussage des Zeugen G._____).

E. 6

Kündigungsgründe

E. 6.1

Bedeutung der schriftlichen Verwarnung

E. 6.1.1

Bezüglich der schriftlichen Verwarnung vom 8. Oktober 2013 erwog die Vorinstanz, diese sei grundsätzlich als einseitige Parteibehauptung zu qualifizie- ren und genüge (für sich allein) nicht, um die von der Beklagten behaupteten Ver- fehlungen des Klägers zu beweisen. Insbesondere könne der Umstand, dass der Kläger nicht gegen die Abmahnung moniert habe, nicht als Einverständnis und Akzept der Vorwürfe betrachtet werden, zumal diese viel zu wenig substantiiert

- 12 - worden seien. Ausserdem sei notorisch, dass sich ein Arbeitnehmer aus Angst um seinen Arbeitsplatz häufig lieber zurückhalte, wenn er aus seiner Sicht zwar ungerechtfertigt getadelt werde, aber vermeintlich mit einem "blauen Auge" da- vonkomme. Da mangels gegenteiliger Hinweise nicht davon auszugehen sei, die Organe der Beklagten hätten dieses Schreiben grundlos verfasst, sei es aber zu- mindest als Indiz zu werten, dass der Kläger tatsächlich mit rügbarem Verhalten aufgefallen sei (Urk. 47 S. 8).

E. 6.1.2

Die Beklagte wirft der Vorinstanz vor, sie habe die Bedeutung der schriftli- chen Verwarnung vom 8. Oktober 2013 verkannt. Der Kläger habe diese Verwar- nung nicht nur unterzeichnet, sondern auch nie dagegen opponiert. Bei ihm hand- le es sich um jemanden, der sich sofort beklage und wehre, wenn er der Ansicht sei, er werde ungerecht behandelt. Gerade bei haltlosen Vorhaltungen hätte er al- len Grund gehabt, sich dagegen zu wehren. Daher müsse die unwidersprochene Hinnahme dieser Verwarnung als Anerkennung der in dieser enthaltenen einzel- nen Vorhaltungen gewürdigt werden, zumal dem Kläger offensichtlich klar gewe- sen sei, was ihm vorgehalten worden sei, nämlich sein unentschuldigtes Fernblei- ben am 5. und 31. Juli 2013 sowie seine Arbeitsverweigerungen und Ausfälligkei- ten. Der Kläger sei ausserdem bereits zuvor mehrfach mündlich bezüglich seiner Arbeitseinstellung ermahnt worden. Die Vorinstanz habe jedoch nicht berücksich- tigt, dass dafür bei – wie vom Kläger behauptet – haltlosen Vorhaltungen gar kein Anlass bestanden hätte. Das Argument der Vorinstanz, der Kläger habe sich al- lenfalls nicht gegen die Verwarnung gewehrt, weil er Angst um seine Stelle ge- habt habe, verfange nicht. Solches habe er gar nie behauptet (Urk. 46 S. 10 f.).

E. 6.1.3

Der Kläger hat auf der Verwarnung vom 8. Oktober 2013 deren Erhalt be- stätigt (Urk. 6/11). Eine Anerkennung der ihm darin vorgehaltenen Verfehlungen lässt sich diesem

Schreiben nicht entnehmen. Als Grund für diese Verwarnung wird "mehrmalige[s] nicht erscheinen am Arbeitsplatz, nicht ausführen der Ihnen zugewiesenen Arbeiten sowie diverse Ausfälligkeiten gegenüber Vorgesetzten" angegeben. Diese Vorhaltungen sind – unabhängig davon, ob der Kläger zuvor bereits mündlich ermahnt wurde oder nicht – für eine Anerkennung nicht ausreichend substantiiert. So ist nicht nur unklar, wann und wie oft sie sich ereignet ha-

- 13 - ben sollen. Auch der Anlass für diese Verwarnung liegt nicht auf der Hand. Die unentschuldigten Abwesenheiten, Missachtungen von Weisungen sowie Ausfälligkeiten gegenüber Vorgesetzten haben sich gemäss Darstellung der Beklagten mehr als zwei Monate zuvor im Juli 2013 ereignet. Die Beklagte macht zwar weiter geltend, der Kläger habe sich auf diese und ähnliche Weise immer wieder Vorgesetzten widersetzt und sich geweigert, deren Weisungen auszuführen. Konkrete Vorfälle behauptet sie jedoch nicht (Urk. 9 S. 5 f.; Prot. I S. 5 ff.). Da die Verwarnung am zweiten Arbeitstag nach zweiwöchiger Abwesenheit des Klägers infolge Ferien und Krankheit ausgesprochen wurde (vgl. Urk. 6/10 S. 9 f.), konnte sie auch kaum aus aktuellem Anlass erfolgt sein. Dass die Vorinstanz unter diesen Umständen weder von einer stillschweigenden Anerkennung des Klägers ausging noch darauf schloss, die Verwarnung genüge für sich allein, um die von der Beklagten behaupteten Verfehlungen des Klägers zu beweisen, ist nicht zu beanstanden.

E. 6.2

Abwesenheiten am 5. und 31. Juli 2013

E. 6.2.1

Die Vorinstanz ging davon aus, den als Beweismittel angeführten Monatslisten lasse sich nur entnehmen, dass der Kläger am 5. und 31. Juli 2013 gefehlt habe (Urk. 6/10 S. 7). Dies sei jedoch unbestritten. Der Kläger behaupte, er sei an diesen beiden Tagen krank gewesen und habe sich ordentlich abgemeldet. Einzig aufgrund des Umstands, dass am 30. Juli 2013 ein Fussballspiel der Grasshoppers Zürich stattgefunden habe (Urk. 41/1), könne nicht auf eine unentschuldigte Absenz am folgenden Tag geschlossen werden, da nicht nachgewiesen worden sei, dass der Kläger tatsächlich an diesem Spiel gewesen sei. Damit sei im Wesentlichen auf die Zeugen- und Parteiaussagen abzustellen (Urk. 47 S. 8 f.). Gemäss Aussage des Zeugen G._____ habe sich der Kläger im Juli 2013 einmal bei ihm abgemeldet. Dies decke sich mit einer anlässlich der Parteibefragung des Klägers vorgezeigten SMS des Klägers an den Zeugen G._____ vom 31. Juli 2013. Die Beklagte rüge diese Abmeldung zwar als unkorrekt, da sie nicht an den Vorgesetzten des Klägers gerichtet gewesen sei. Aus den verschiedenen Zeugenaussagen gehe jedoch hervor, dass die Mitarbeiter offenbar ganz unterschiedliche Ansichten über die Zuständigkeiten bei krankheitsbedingten Abmel-

- 14 - dungen gehabt hätten. Lückenhafte oder uneinheitliche Instruktionen betreffend Abwesenheitsmeldungen könnten dem Kläger jedoch nicht vorgehalten werden. Der Vorwurf, der Kläger sei wegen eigenen Verschuldens arbeitsunfähig gewesen, weil er am Vorabend zu viel Alkohol konsumiert habe, sei gänzlich unbewiesen geblieben (Urk. 47 S. 9 ff.). An die Abwesenheit vom 5. Juli 2013 könne sich einzig der Geschäftsführer der Beklagten erinnern. Dessen Schilderung, weshalb er nach so langer Zeit dieses Datum genau bezeichnen könne und wie er aus Sorge versucht habe, den Kläger zu erreichen, erscheine stimmig und plausibel. Seine Aussage werde sodann durch die Schilderungen der einvernommenen Zeugen gestützt, wonach der Kläger betreffend Pünktlichkeit und

Abwesenheitsmeldungen eher negativ aufgefallen sei. Der Kläger behaupte zwar, er habe sich bei G._____ telefonisch abgemeldet. Dieser könne sich aber überhaupt nicht daran erinnern. Dies spreche ebenfalls für die Richtigkeit der Behauptungen der Beklagten. Infolgedessen sei davon auszugehen, dass der Kläger am 5. Juli 2013 unentschuldigt gefehlt habe (Urk. 47 S. 12 f.).

E. 6.2.2

Die Beklagte rügt in ihrer Berufungsschrift, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einer entschuldigenden Absenz des Klägers am 31. Juli 2013 ausgegangen. Diese habe bereits mit der Verwarnung vom 8. Oktober 2013 bzw. der entsprechenden Anerkennung durch den Kläger als erstellt zu gelten. Ausserdem liege aufgrund der Umstände (unzählige Schreibfehler in der SMS, Abmeldung beim bekanntlich unzuständigen, aber wohlgesinnten Arbeitskollegen statt bei den Vorgesetzten; Vermeidung eines Telefonats; wichtigster GC-Match seit Jahren am Vorabend; Schilderung des Klägers "mir isch di ganz Nacht schlächt gsi, ich chan nöd a lüte..."; vom Kläger anerkannter regelmässiger Alkoholkonsum im Umfang von zwei bis drei Litern Bier in dieser Zeit; allgemeine Lebenserfahrung, wonach Fussball schauen und Bierkonsum nur allzu gut zusammenpassten; fehlende Erreichbarkeit des Klägers während des ganzen Tages) auf der Hand, dass die Absenz am 31. Juli 2013 nicht auf eine unverschuldete Krankheit zurückzuführen sei, sondern auf Ausschweifungen des Klägers am Abend des 30. Juli 2013. Daraufhin habe der Kläger beschlossen, eine "Brücke" zum Nationalfeiertag zu machen. Damit habe er alle Arbeitskollegen im Stich gelassen, was zu so grossem Aufruhr im Betrieb der Beklagten geführt habe, dass sich die Zeugin H._____ noch nach zwei Jahren genau an diesen Vorfall habe erinnern können. Bei einer pflichtgemässen Beweislastverteilung und Beweiswürdigung sei deshalb eindeutig auf eine unentschuldigte Absenz des Klägers am 31. Juli 2013 zu schliessen (Urk. 46 S. 14 f.). Der Kläger trägt in der Berufungsantwort vor, die Vorinstanz habe in ihrer Entscheidung unberücksichtigt gelassen, dass die Beklagte in den Lohnabrechnungen Juli bis September 2013 (Urk. 6/7 S. 7 f.) keine Lohnabzüge wegen unentschuldigter Absenzen am 5. und 31. Juli vorgenommen habe. Vor dem Hintergrund des Grundsatzes "ohne Arbeit kein Lohn" habe infolge der vollständigen Lohnzahlung als anerkannt zu gelten, dass der Kläger auch am 5. Juli 2013 nicht unentschuldig der Arbeit ferngeblieben sei (Urk. 51 S. 11). In der Stellungnahme vom 29. August 2016 bringt die Beklagte dagegen vor, für die Abwesenheiten am 5. und 31. Juli 2013 seien indirekt durchaus Lohnabzüge erfolgt, indem diese Fehlzeiten im Zeitsaldo des Klägers mit seinen geleisteten Arbeitszeiten verrechnet worden seien (Urk. 55 S. 3). Mit Stellungnahme vom

E. 6.2.3

Wie bereits unter Ziff. 6.1 dargelegt erachtete die Vorinstanz die behaupteten unentschuldigenden Absenzen des Klägers zu Recht nicht bereits aufgrund der schriftlichen Verwarnung vom 8. Oktober 2013 als erstellt.

E. 6.2.4

Der als Beweis angeführten Monatsliste Juli 2013 (Urk. 6/10 S. 7) lässt sich entnehmen, dass der Kläger am 5. und am 31. Juli 2013 nicht arbeitete. Zudem ist jeweils "8:30 KO" vermerkt. "KO" steht dabei offensichtlich für Kompensation. Diese insgesamt 17 Stunden wurden gemäss Monatsliste Juli 2013 vom Zeitsaldo des Klägers abgezogen (vgl. Prot. I S. 38). Dies stimmt mit der Darstellung der

- 16 - Beklagten in der Klageantwort überein, wonach sie die entsprechende Abwesenheiten nicht als Krankheitsabsenzen akzeptiert habe (Urk. 9 S. 14 f.). Aufgrund dieses Abzugs kann – entgegen der Ansicht des Klägers (Urk. 20 S. 8; Urk. 51 S. 11; Urk. 55 S. 3) – gerade nicht davon ausgegangen werden, die Beklagte habe die Absenzen als entschuldigt anerkannt, indem sie jeweils den vollen Lohn für die Monate Juli bis September 2013 entrichtet habe. Andererseits kann der Monatsliste Juli 2013 nur entnommen werden, dass der Kläger nach Ansicht der Beklagten am 5. und 31. Juli 2013 unentschuldigt fehlte.

E. 6.2.5

Zu den Gründen für seine Abwesenheiten am 5. und 31. Juli 2013 führte der Kläger aus, er sei krank gewesen (Prot. I S. 8 und S. 11). Am 31. Juli 2013 sei ihm schlecht gewesen, vermutlich habe er etwas Schlechtes gegessen. Er wisse nicht mehr, ob er am 30. Juli 2013 das Fussballspiel zwischen GC und Lyon geschaut habe (Prot. I S. 25). Der Geschäftsführer der Beklagten führte diesbezüglich aus, der Kläger sei am 5. Juli 2013 unentschuldigt nicht zur Arbeit erschienen. Er habe sich Sorgen gemacht und den Kläger zu Hause aufgesucht. Dieser habe aber weder die Tür aufgemacht noch sich gemeldet. Am 30. Juli 2013 habe der Kläger wohl zusammen mit Kollegen den Fussballmatch geschaut und ein paar Bier getrunken. Dann sei er am nächsten Tag nicht zur Arbeit erschienen, weil er betrunken gewesen sei, und habe seine Arbeitskollegen hängen lassen. Er stand allerdings ein, dabei handle es sich um Spekulationen (Prot. I S. 32 f.). Den Aussagen der Zeugen F._____, G._____, D._____ und H._____ lässt sich zu den Gründen der Abwesenheiten am 5. und 31. Juli 2013 nichts entnehmen (Urk. 30 S. 3 f.; Urk. 31 S. 3 f.; Urk. 32 S. 3 f.; Urk. 33 S. 3 f.). Allein aus dem Umstand, dass der Kläger am 5. Juli 2013 die Tür nicht öffnete und sich bei der Beklagten allenfalls nicht abmeldete, kann nicht geschlossen werden, dass er an diesem Tag nicht krank war. Bei den von der Beklagten angeführten Gründen für die Abwesenheit des Klägers am 31. Juli 2013 (Ausschweifungen am Vorabend im Zusammenhang mit dem Champions League-Qualifikationsspiel von GC gegen Olympique Lyon, welches der Kläger – wie jeder gewusst habe – habe verfolgen wollen [Urk. 40 S. 5 f. und Urk. 46 S. 14]) bleibt es mangels konkreter relevanter Beweisofferten bei blossen Spekulationen. Darauf ist nicht weiter einzugehen. Im

- 17 - Ergebnis bleibt unbewiesen, dass der Kläger am 5. und 31. Juli 2013 aus eigenem Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert war.

E. 6.2.6

Damit noch nicht beantwortet ist allerdings die Frage, ob der Kläger die Beklagte jeweils über seine Arbeitsverhinderung informierte. Die Vorinstanz ging davon aus, der Kläger habe sich nur am 31. Juli 2013 bei der Beklagten abgemeldet, nicht aber am 5. Juli 2013 (Urk. 47 S. 13). Der Kläger legt zwar in der Berufungsantwort erneut dar, er habe sich auch am 5. Juli 2013 telefonisch bei G._____ abgemeldet (Urk. 51 S. 13). Er setzt sich aber mit den Erwägungen der Vorinstanz, weshalb sie nicht von einer Abmeldung am 5. Juli 2013 ausging (Urk. 47 S. 12 f.), nicht auseinander. Damit hat es sein Bewenden.

E. 6.2.7

Zusammenfassend bleibt unbewiesen, dass der Kläger am 5. und 31. Juli 2013 ungerechtfertigt der Arbeit fernblieb. Der Kläger muss sich aber vorhalten lassen, dass er sich am 5. Juli 2013 bei der Beklagten nicht abmeldete.

E. 6.3

Abwesenheit am 28. und 29. November 2013

E. 6.3.1

Die Vorinstanz ging davon aus, den als Beweismittel angeführten Monats- listen lasse sich nur entnehmen, dass der Kläger am 28. und 29. November 2013 gefehlt habe (Urk. 6/10 S. 11). Dies sei jedoch unbestritten. Der Kläger behaupte, er sei am Ustermärt gewesen, wofür er korrekt freigenommen habe. Für den Zeu- gen G._____ sei klar gewesen, dass der Kläger damals freigenommen habe. Auch der Geschäftsführer der Beklagten habe eingeräumt, dass der Kläger mög- licherweise in den Vorjahren für den Ustermärt freigenommen habe. Der Zeuge F._____ habe sich weder an die behauptete Abmeldung des Klägers noch an die tatsächliche Abwesenheit erinnern können. Sein Erinnerungsvermögen erscheine daher insgesamt als ungenügend und es könne daher auch nicht darauf ge- schlossen werden, dass sich der Kläger nicht abgemeldet habe. Unter Berück- sichtigung der generellen Unklarheit über den korrekten Ablauf von Abwesen- heitsmeldungen müsse daher offen bleiben, ob der Kläger am 28. und 29. No- vember 2013 unentschuldigt nicht zur Arbeit erschienen sei (Urk. 47 S. 14 ff.).

E. 6.3.2

Die Beklagte rügt wiederum eine falsche Beweislastverteilung. Nachdem der Kläger unbestritten am 28. und 29. November 2013 abwesend gewesen sei,

- 18 - sei er beweisbelastet für die angebliche Rechtfertigung/Entschuldigung dieser Absenz. Die Vorinstanz sei mit der Begründung, es sei gewissermassen Usanz gewesen, dass der Kläger jeweils den Ustermärt besuche, willkürlich davon aus- gegangen, er habe in Absprache mit der Beklagten Ferien bezogen. Diesen Be- weis habe der Kläger aber nicht erbracht. So habe der Kläger immer wieder ande- re Personen genannt, welche ihm die Ferien angeblich bewilligt hätten, zunächst seinen Arbeitskollegen G._____, darauf den Geschäftsführer C._____ und schliesslich den bereits aus dem Zeugenstand entlassenen F._____. Seine Be- hauptung sei daher a priori als unglaubhaft zu würdigen. Ausserdem hätten alle diese Personen klar ausgesagt, sie hätten dem Kläger keine Ferien bewilligt. Der Zeuge F._____ habe dies sogar schriftlich bestätigt (Urk. 41/2 bzw. Urk. 43). Die Feststellung der Vorinstanz, er habe sich an diese Absenz nicht mehr mit Sicher- heit erinnern können, sei deshalb klar aktenwidrig und willkürlich (Urk. 46 S. 15 f.). Der Kläger bringt in der Berufungsantwort dagegen vor, die Bestätigung von F._____ sei zu Recht unberücksichtigt geblieben. Es handle sich dabei um ein unzulässiges Beweismittel. Aufgrund der vorbehaltlosen Auszahlung sämtlicher Löhne, namentlich auch des letzten Monatslohns, sei davon auszugehen, dass die Beklagte auf Rückforderungsansprüche verzichtet und damit die Rechtmäs- sigkeit der Absenzen des Klägers anerkannt habe. Ausserdem ergebe sich aus dem Untätigbleiben der Beklagten die Vermutung, dass diese Absenzen bewilligt gewesen seien (Urk. 51 S. 18). In der Stellungnahme vom 29. August 2016 bringt die Beklagte dagegen vor, für die Abwesenheiten am 28. und 29. November 2013 seien indirekt durchaus Lohnabzüge erfolgt, indem diese Fehlzeiten im Zeitsaldo des Klägers mit seinen geleisteten Arbeitszeiten verrechnet worden seien (Urk. 55 S. 3). Mit Stellung- nahme vom 8. September 2016 wendet der Kläger ein, diese Behauptung sei neu und habe als unzulässiges Novum unberücksichtigt zu bleiben (Urk. 57 S. 4). Das trifft nicht zu. Indem der Kläger in der Klageschrift ausführte, die Minusstunden am 28. und 29. November 2013 seien auf Falschbuchungen der Beklagten zu- rückzuführen (Urk. 2 S. 13),

behauptete er selbst eine entsprechende Verrechnung.

- 19 -

E. 6.3.3

Bezüglich Beweislastverteilung ist vorab auf die Ausführungen unter Ziff. 4 zu verweisen, wonach die Vorinstanz zu Recht davon ausging, die Beklagte habe zu beweisen, dass der Kläger an bestimmten Tagen unentschuldig der Arbeit ferngeblieben ist.

E. 6.3.4

Der als Beweis angeführten Monatsliste November 2013 (Urk. 6/10 S. 11) lässt sich entnehmen, dass der Kläger am 28. und 29. November 2013 nicht arbeitete. Zudem ist jeweils "8:30 KO" vermerkt. "KO" steht dabei offensichtlich für Kompensation. Diese insgesamt 17 Stunden wurden gemäss Monatsliste November 2013 vom Zeitsaldo des Klägers abgezogen (vgl. Prot. I S. 38). Dies stimmt mit der Darstellung der Beklagten überein, wonach sie die entsprechenden Absenzen nicht als bewilligte Ferienabwesenheit akzeptiert habe (Urk. 9 S. 15). Aufgrund dieses Abzugs kann – entgegen der Ansicht des Klägers (Urk. 20 S. 9; Urk. 51 S. 18; Urk. 55 S. 3) – gerade nicht davon ausgegangen werden, die Beklagte habe die Absenzen als entschuldigt anerkannt, indem sie den Lohn nie gekürzt habe. Andererseits kann der Monatsliste November 2013 nur entnommen werden, dass der Kläger nach Ansicht der Beklagten am 28. und 29. November 2013 unentschuldig fehlte.

E. 6.3.5

Der Zeuge G._____ sagte aus, der Kläger habe am 28. und 29. November 2013 – wie jedes Jahr – für den Ustermärt freigenommen. Das sei in der Firma auch bekannt gewesen. Er denke, der Kläger habe sich abgemeldet. Er wisse aber nicht, ob der Kläger sich formell abgemeldet habe (Urk. 31 S. 4 f.).

E. 6.3.6

Der Zeuge F._____ sagte aus, der Kläger sei einmal kurz vor seinem Ausscheiden, mutmasslich im Herbst 2013, unentschuldig nicht zur Arbeit erschienen. Er wisse dies, weil man den Kläger überall gesucht habe. Man habe ihn auch mehrfach telefonisch zu erreichen versucht. Eine Abmeldung habe es an jenem Tag nicht gegeben. Auf die Frage, ob der Kläger am 5. und 31. Juli 2013 sowie am 29. und 30. November 2013 nicht zur Arbeit gekommen sei, antwortete der Zeuge, er könne das Datum nicht genau einordnen. Auf die Anschlussfrage, ob sich der Kläger jeweils abgemeldet habe, falls er an diesen Tagen nicht gearbeitet habe, antwortete der Zeuge, er wisse nichts darüber (Urk. 30 S. 3 f.).

- 20 -

E. 6.3.7

Der Zeuge D._____ und die Zeugin H._____ konnten sich an eine Abwesenheit des Klägers am 28. und 29. November 2013 nicht erinnern (Urk. 32 S. 3 f.; Urk. 33 S. 4).

E. 6.3.8

Der Kläger sagte aus, die Freitage am 28. und 29. November 2013 seien ihm von F._____ bewilligt worden. Man habe ihn an diesen Tagen weder gesucht noch mit ihm telefoniert. Jeder habe gewusst, dass er damals frei gehabt habe (Prot. I S. 26).

E. 6.3.9

Der Geschäftsführer der Beklagten sagte aus, er schliesse nicht aus, dass der Kläger in den Vorjahren jeweils für den Ustermärt freigenommen habe. Für den 28. und 29. November 2013 habe jedenfalls kein schriftliches Feriengesuch des Klägers vorgelegen (Prot. I S. 33).

E. 6.3.10

Mit dem Schlussvortrag reichte die Beklagte eine schriftliche Erklärung des Zeugen F._____ ein, wonach er die Frage, ob er dem Kläger für den 28. und 29. November 2013 Ferien bewilligt habe, mit Sicherheit verneinen könne (Urk. 41/2 bzw. Urk. 43). Die Beklagte begründete die Notwendigkeit dieser Erklärung mit dem Umstand, der Kläger habe erst nach der Aussage des Zeugen F._____ erstmals behauptet, dieser habe ihm die Ferien bewilligt (Urk. 46 S. 15, Urk. 40 S. 6). Dieses Argument ist jedoch nicht stichhaltig. Der Zeuge F._____ wurde anlässlich seiner Befragung betreffend unentschuldigte Absenzen des Klägers befragt. So antwortete er auf die Frage, ob der Kläger u. a. am 28. und 29. November 2013 zur Arbeit gekommen sei, er könne das Datum nicht genau einordnen. Auf die Anschlussfrage, ob der Kläger sich jeweils abgemeldet habe, falls er an diesen Tagen nicht gearbeitet habe, antwortete der Zeuge, er wisse nichts darüber (Urk. 30 S. 4). Das ist hinzunehmen, liegt es doch in der Natur der Sache, dass das Erinnerungsvermögen von Zeugen vor allem in Bezug auf Einzelheiten eines Geschehens verblassen kann. Damit hat es sein Bewenden, Anlass für eine nachträgliche Korrektur besteht nicht. Im Ergebnis hat die Vorinstanz – wenn auch ohne Begründung – richtigerweise die nachträgliche Bestätigung des Zeugen F._____ nicht berücksichtigt.

- 21 -

E. 6.3.11

Es trifft zu, dass der Kläger in den Rechtsschriften noch hatte ausführen lassen, er habe am 28. und 29. November 2013 in Absprache mit den Herren G._____ und C._____ zwei Freitage bezogen (Urk. 2 S. 13; Urk. 20 S. 9). Seine Aussage im Rahmen der Parteibefragung, Herr F._____ habe ihm diese freien Tage bewilligt (Prot. I S. 26), ist aber entgegen der Ansicht der Beklagten nicht von vornherein unglaubhaft. Sowohl beim Geschäftsführer als auch bei F._____ (vgl. Prot. I S. 10 f.) handelte es sich um Vorgesetzte des Klägers, welche ihm demnach kraft ihrer Funktion Ferien hätten bewilligen können. G._____ war ein Arbeitskollege des Klägers (vgl. Prot. I S. 11; Urk. 46 S. 15). Der Kläger hat allerdings nicht behauptet, G._____ habe ihm die beiden freien Tage bewilligt, sondern bloss, er habe sie in Absprache mit diesem bezogen. Auf eine solche Absprache (welche im Übrigen in vielen Betrieben zur Regelung der Ferienvertretung üblich ist) deutet die Aussage des Zeugen G._____, er habe gewusst, dass der Kläger am 28. und 29. November 2013 für den Ustermärt freigenommen habe (Urk. 31 S. 4 f.).

E. 6.3.12

Den Aussagen der Zeugen G._____ und F._____ sowie derjenigen des Geschäftsführers der Beklagten lässt sich nicht entnehmen, dass der Kläger, wie behauptet, Ferien für den 28. und 29. November 2013 beantragt hatte. Aus ihnen ergeben sich aber auch keine Anhaltspunkte, dass der Kläger keine Ferien beantragt hatte. Der Geschäftsführer der Beklagten schloss einzig ein schriftliches Feriengesuch des Klägers für den 28. und 29. November 2013 aus. Weiter sagte der Zeuge F._____ zwar aus, der Kläger sei kurz vor seinem Ausscheiden einmal unentschuldigt nicht zur Arbeit erschienen. Auf Nachfrage konnte er aber nicht bestätigen, dass dies am 28. und 29. November 2013 gewesen war. Die von ihm geschilderten Begleitumstände, man habe den Kläger gesucht und den ganzen

Tag telefonisch zu erreichen versucht, deuten unter Berücksichtigung der Aussagen des Zeugen G._____, es sei in der Firma allgemein bekannt gewesen, dass der Kläger jeweils für den Ustermarkt freigenommen habe (Urk. 31 S. 5), eher auf eine andere Absenz des Klägers hin. Im Ergebnis lässt sich nicht erstellen, dass der Kläger für seine Abwesenheit am 28. und 29. November 2013 keine Ferien beantragt hatte.

- 22 -

E. 6.4

Ausfälligkeiten gegenüber Vorgesetzten am 8. und 16. Juli 2013

E. 6.4.1

Die Vorinstanz erwog, die schriftliche Verwarnung vom 8. Oktober 2013 genüge (für sich alleine) nicht, um die von der Beklagten behaupteten Verfehlungen des Klägers zu beweisen (Urk. 47 S. 8; vgl. oben Ziff. 6.1). An verbale Entgleisungen des Klägers vor dem 8. Oktober 2013 könne sich einzig der Geschäftsführer der Beklagten erinnern. Die angeblich direkt betroffenen Vorgesetzten des Klägers, I._____, D._____ und F._____, hätten solche hingegen nicht wahrgenommen oder könnten sich nicht daran erinnern. Es sei daher davon auszugehen, dass der Geschäftsführer intensive Diskussionen unter den Mitarbeitern, an welchen sich diese nicht gestört hätten, zu negativ interpretiert habe. Dem Kläger könne jedenfalls nicht vorgehalten werden, wenn er Umgangs- und Ausdrucksformen benutzt habe, welche die direkt Betroffenen nicht gestört hätten (Urk. 47 S. 12).

E. 6.4.2

Die Beklagte rügt, die Vorinstanz habe die Ausfälligkeiten des Klägers nicht wahrhaben wollen bzw. diese zu Unrecht kleingeredet. Es habe nach dem Gesagten als erstellt zu gelten, dass neben Widersetzlichkeiten auch Ausfälligkeiten des Klägers bereits vor der Verwarnung am 8. Oktober 2013 stattgefunden hätten (Urk. 46 S. 16).

E. 6.4.3

Wie bereits unter Ziff. 6.1 dargelegt, ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass die Verwarnung vom 8. Oktober 2013 (entgegen der Ansicht der Beklagten) nicht beweist, dass der Kläger wie behauptet am 8. und 16. Juli 2013 gegenüber Vorgesetzten ausfällig wurde. Mit den ebenfalls zutreffenden übrigen Erwägungen der Vorinstanz setzt die Beklagte sich nicht auseinander, weshalb es damit sein Bewenden hat.

E. 6.5

Ausfälligkeiten am 27. November 2013

E. 6.5.1

Betreffend den behaupteten verbalen Aussetzer des Klägers gegenüber seinem Vorgesetzten D._____ am 27. November 2013 erwog die Vorinstanz, dieser lasse sich nicht in der behaupteten Intensität erstellen. So habe sich der Zeuge D._____ zwar zunächst erinnern können, dass der Kläger Ende November 2013 ihm gegenüber einmal laut geworden sei, nicht aber an die genaue Wort-

- 23 - wahl. Daher sei davon auszugehen, dass der Kläger damals keine Verbalinjurien benutzt habe, welche den Zeugen D._____ tief getroffen hätten, sondern sich in (noch) vertretbarer Weise geäußert habe. Darauf deute auch der Umstand hin, dass D._____ im

Rahmen seiner Zeugeneinvernahme diesen Vorfall bereits kurz darauf vergessen zu haben scheine, indem er ausgeführt habe, beim einzigen Tag, an dem der Kläger laut geworden sei, müsse es sich um den Tag der Entlassung handeln. Ansonsten habe die Zusammenarbeit funktioniert (Urk. 47 S. 17 f.; Urk. 32 S. 7).

E. 6.5.2

Die Beklagte rügt, die Vorinstanz verkenne, dass der Kläger sich nach der schriftlichen Verwarnung vom 8. Oktober 2013 – unabhängig von seiner Wortwahl und Aggressivität – nichts mehr erlauben dürfen. Es sei sodann klar aktenwidrig, wenn die Vorinstanz ausführe, der Kläger habe sich gegenüber D._____ nur einmal widersetzt. Vielmehr habe dieser Zeuge, obwohl sehr zurückhaltend und vorsichtig, klar ausgesagt, dass dies nicht nur am Tag der Kündigung vorgekommen sei (Urk. 46 S. 16 ff.).

E. 6.5.3

Entgegen der Darstellung der Beklagten ging die Vorinstanz durchaus davon aus, dass der Kläger am 27. November 2013 gegenüber D._____ laut geworden war. Allerdings schloss sie aus dessen Aussage auch, dass der Kläger zwar gelegentlich laut und nachdrücklich seine Wünsche und seine Meinung zum Ausdruck gebracht habe, dies jedoch unter Berücksichtigung des im Betrieb Üblichen in (noch) vertretbarer Weise. Im Übrigen habe die Zusammenarbeit nach Ansicht des Zeugen D._____ funktioniert (Urk. 47 S. 17 f.). Die Schlussfolgerungen der Vorinstanz werden auch von der Aussage des Zeugen F._____ gestützt. Er habe den Kläger zwischendurch auch einmal aufbrausend erlebt, was ihn aber nicht gestört habe. Der Kläger habe sich so wie die übrigen Mitarbeiter verhalten (Urk. 30 S. 6 f.). Die Vorinstanz erachtete deshalb den behaupteten verbalen Aussetzer des Klägers am 27. November 2013 zu Recht als nicht erstellt.

E. 6.6

Vorfall am 11. Dezember 2013

E. 6.6.1

Die Vorinstanz erwog, beim Vorfall am 11. Dezember 2013 sei unbestritten, dass sich der Kläger wegen der Toureinteilung enerviert und deren Ausführung

- 24 - zunächst verweigert habe. Auch habe er gesagt, es "scheisse" ihn an, so würde er kündigen und die Arbeit nicht mehr machen. Schliesslich habe er die Tour nach Intervention der beiden Eigentümer der Beklagten doch noch erledigt. Der Kläger habe eingestanden, dass er nach seiner Rückkehr die vom Geschäftsführer der Beklagten verlangte Aussprache mit den Herren F._____ und D._____ abgelehnt habe. Das angeblich überaus aggressive Auftreten des Klägers gegenüber D._____ habe jedoch niemand in dieser Art bezeugen können. D._____ habe lediglich ausgesagt, sie beide seien laut geworden, er wisse aber nicht mehr, was genau gesagt worden sei. Der Zeuge F._____, der bei der Weigerung des Klägers dabei gewesen sein wolle, habe sich nicht einmal an eine Auseinandersetzung zwischen den beiden erinnern können. Das spreche gegen ein übermässig aggressives Auftreten des Klägers, wäre ein solches doch erfahrungsgemäss viel eindrücklicher als bloss eine laute Diskussion, und hätte zu einer tieferen Verwurzelung im Erinnerungsvermögen führen müssen. Der Geschäftsführer habe von diesen Vorgängen nur indirekt gehört. Vom Vorwurf, der Kläger habe F._____ und D._____ als "Vollidioten" bezeichnet, habe er anlässlich seiner Befragung nicht mehr gesprochen. Dem allenfalls gleichgültigen Verhalten des Klägers bei der Kündigung komme keine Relevanz

zu, da solches einem Gekündigten nicht als Kündigungsgrund vorgehalten werden dürfe (Urk. 47 S. 18).

E. 6.6.2

Die Beklagte rügt einzig, die Vorinstanz habe bei der Beurteilung der Ereignisse am 11. Dezember 2013 zu Unrecht die mündlichen Verwarnungen des Klägers in der Zeit ab dem 8. Oktober 2013 sowie den regelmässigen und übermässigen Alkoholkonsum des Klägers unberücksichtigt gelassen (Urk. 46 S. 12 und S. 19). Betreffend den Sachverhalt am 11. Dezember 2013 kann deshalb auf die Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 47 S. 18 f.) verwiesen werden.

E. 6.7

Alkoholkonsum Die Beklagte rügt, die Vorinstanz habe den Umstand, dass der Kläger ab dem Frühjahr 2013 regel- und übermässig Alkohol konsumiert habe, zu Unrecht unberücksichtigt gelassen. Da die Beklagte aber sogleich ausführt, sie habe den Kläger nicht deswegen entlassen und er sei auch nie wegen Trunkenheit arbeitsunfähig gewesen (Urk. 46 S. 19), ist nicht weiter darauf einzugehen.

- 25 -

E. 6.8

Mündliche Verwarnungen nach dem 8. Oktober 2013

E. 6.8.1

Die Vorinstanz erwog, neben der schriftlichen Verwarnung vom 8. Oktober 2013 könnten keine weiteren Verwarnungen erstellt werden. Es sei aber davon auszugehen, dass mit dem Kläger Gespräche über sein Verhalten und seine berufliche Entwicklung stattgefunden hätten (Urk. 47 S. 19).

E. 6.8.2

Die Beklagte rügt, die Vorinstanz habe die in der Zeit zwischen dem 8. Oktober 2013 und dem 11. Dezember 2013 erfolgten Verwarnungen nicht berücksichtigt, so insbesondere eine erstellte mündliche Verwarnung durch den Geschäftsführer der Beklagten Anfang Dezember 2013 (Urk. 46 S. 12 f.).

E. 6.8.3

Gemäss Aussage des Geschäftsführers der Beklagten sind die mündlichen Ermahnungen des Klägers immer im Zusammenhang mit verspätetem oder überhaupt keinem Erscheinen erfolgt (Prot. I S. 35 f.). Diesbezüglich hielt die Beklagte dem Kläger nach der schriftlichen Verwarnung am 8. Oktober 2013 konkret einzig ein unentschuldigtes Fernbleiben von der Arbeit am 28. und 29. November 2013 vor. Dieser Vorwurf blieb jedoch unbewiesen (vgl. dazu oben Ziff. 6.3). Mangels einschlägiger Verfehlungen käme deshalb entsprechenden Verwarnungen nach dem 8. Oktober 2013 keine selbstständige Bedeutung zu. Damit kann offen bleiben, ob die Beklagte den Kläger nach dem 8. Oktober 2013 mündlich verwarnte.

E. 6.9

Fazit Zusammenfassend ist erstellt, dass der Kläger sich am 5. Juli 2013 bei der Beklagten nicht abmeldete. Am 11. Dezember 2013 verweigerte er zunächst die zugewiesene Arbeit, erledigte diese schliesslich aber nach einigen Diskussionen doch noch. Ausserdem hat der Kläger gleichentags die Aussprache mit seinen Vorgesetzten F._____ und D._____ trotz

einer entsprechenden Anweisung des Geschäftsführers der Beklagten verweigert. Die übrigen für die fristlose Kündigung angeführten Gründe blieben hingegen unbewiesen. 7. Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung 7.1. Nach Art. 337 Abs. 1 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen. Als wichtiger

- 26 - Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Nach ständiger Rechtsprechung 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 tief greifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist. Andererseits wird vorausgesetzt, dass sie tatsächlich zu einer entsprechenden Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (BGE 130 III 213 E. 3.1; BGE 129 III 380 E. 2.1). 7.2. Das Verhalten des Klägers am 11. Dezember 2013 (Ausführen einer zugewiesenen Arbeit erst nach Diskussionen mit mehreren ihm hierarchisch übergeordneten Personen sowie das Verweigern einer Aussprache) ist als mittelschwere Pflichtverletzung zu qualifizieren, da er die ihm zugewiesene Tour schliesslich doch noch ausführte (weshalb keine beharrliche Arbeitsverweigerung vorlag) und der Beklagten keinen Schaden zufügte. Eine solche Pflichtverletzung rechtfertigt keine fristlose Entlassung, sofern sie nicht wiederholt vorgekommen ist. 7.3. Der Kläger war zwei Monate zuvor schriftlich verwarnt worden. Allerdings ist nicht die Verwarnung als solche für die Frage der Berechtigung der fristlosen Entlassung ausschlaggebend, sondern die Tatsache, dass ein Verhalten des Arbeitnehmers die Fortführung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist für den Arbeitgeber nach Treu und Glauben unzumutbar machen kann. Das ist der Fall, wenn ein Arbeitnehmer das beanstandete Verhalten trotz klarer Verwarnung nicht ändert (BGE 127 III 153 E. 1c). Die der Verwarnung vom

E. 8

Oktober 2013 zugrunde liegenden Vorwürfe konnten mit Ausnahme einer eher geringfügigen Verfehlung in Form einer unterlassenen Abmeldung am 5. Juli 2013 nicht erstellt werden. Die Verwarnung verliert damit stark an Bedeutung. Zu berücksichtigen ist weiter, dass der Kläger sich nicht wiederholt die gleichen Verfehlungen zuschulden kommen lassen hat. Wie die Vorinstanz zutreffend dargelegt

- 27 - hat (Urk. 47 S. 23 f.), handelt es sich bei den beiden beweismässig erstellten Verfehlungen vielmehr um zwei nicht zusammenhängende und zeitlich deutlich auseinanderliegende Ereignisse, welche für sich genommen Einzelfälle geblieben sind. 7.4. Die Vorinstanz zog weiter in Erwägung, der Kläger habe seine Verfehlungen nicht in erster Linie aus Ablehnung, Protest oder Widerwille gegen die Beklagte begangen, sondern aufgrund persönlicher Probleme, was das Motiv der Pflichtverletzungen deutlich relativiere und kaum von Böswilligkeit gesprochen werden könne (Urk. 47 S. 23 f.). Die Beklagte rügt, für eine fristlose Entlassung sei kein Verschulden des Gekündigten erforderlich. Die Motive des Klägers könnten daher bei der Beurteilung der Zulässigkeit der fristlosen Entlassung keinerlei Rolle spielen (Urk. 46 S. 20). Zutreffend ist, dass für das Vorliegen eines wichtigen Grundes kein Verschulden des Gekündigten erforderlich ist

(BGE 129 III 380 E. 2.2; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362, Art. 337 N 6). Der Grad der Vorwerfbarkeit und damit das Verschulden des Ge- kündigten können bei der Beurteilung der Unzumutbarkeit der Fortführung des Arbeitsverhältnisses dennoch berücksichtigt werden (vgl. BGer 4C.364/2005 vom

E. 8.1

Lohn Bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung des Arbeitnehmers hat dieser An- spruch 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). Damit hat der Kläger Anspruch auf Schadenersatz im Umfang des vereinbarten Lohns für die Zeit vom 12. Dezember 2013 bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist am 28. Februar 2014, was von der Beklagten im Quantitativ nicht bestritten wurde. Entsprechend ist die Be- klagte zu verpflichten, dem Kläger brutto Fr. 14'487.05 Schadenersatz für dessen Verdienstausschlag zu bezahlen. Soweit die Beklagte nachweist, dass sie die Sozial- abgaben für diesen Betrag geleistet hat, ist sie berechtigt, diese davon in Abzug zu bringen. Betreffend Zinsen ist auf die zutreffende Erwägung der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 47 S. 30).

E. 8.2

Pönale

E. 8.2.1

Bezüglich der zugesprochenen Strafzahlung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR rügt die Beklagte, die Vorinstanz habe dem Kläger eine solche in Höhe eines Mo- natslohns zugesprochen, obwohl er seine fristlose Entlassung ganz offensichtlich provoziert und damit selbst verschuldet habe (Urk. 46 S. 20).

E. 8.2.2

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann nur in aussergewöhn- lich gelagerten Fällen ausnahmsweise von einer Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR abgesehen werden (BGer 4A_56/2016 vom 30. Juni 2016, E. 4.2.1; BGE 133 III 657 E. 3.2 = Pra 2008 Nr. 64; BGE 116 II 300 E. 5a; BK-Rehbinder/

- 29 - Stöckli, Art. 337c OR N 8, m.w.H.; a.M. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337c N 8, m.w.H.). Die Vorinstanz hat die massgebenden Kriterien sorgfältig geprüft und nachvollziehbar begründet, weshalb sie dem Kläger trotz seines kla- ren Mitverschuldens eine Entschädigung in Höhe eines Monatslohns zugespro- chen (und damit auch implizit eine Ausnahme verneint) hat (Urk. 47 S. 26 ff.). Die Beklagte setzt sich damit nicht näher auseinander, weshalb es bei den Ausfüh- rungen der Vorinstanz bleiben kann. Zusammenfassend erscheint die Zuspre- chung einer Pönale in der Höhe eines Monatslohns als angemessen. Betreffend Zinsen ist wiederum auf die zutreffende Erwägung der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 47 S. 30).

E. 8.3

Arbeitszeugnis Die Vorinstanz verpflichtete die Beklagte zu Anpassungen des Arbeitszeugnisses (Urk. 47 S. 28 f.). Im Berufungsverfahren hat sich die Beklagte mit den entspre- chenden Ausführungen nicht auseinandergesetzt, sondern bloss ausgeführt, vor dem Hintergrund einer gerechtfertigten fristlosen Entlassung gebe es am ur- sprünglich ausgestellten Arbeitszeugnis nichts zu beanstanden (Urk. 46 S. 20 f.). Da sich die fristlose

Kündigung als ungerechtfertigt erweist, fällt diese Begründung in sich zusammen und es ist nicht weiter darauf einzugehen. 9. Kosten- und Entschädigungsfolgen 9.1. Wie schon das erstinstanzliche Verfahren ist auch das Berufungsverfahren aufgrund des Fr. 30'000.– nicht übersteigenden Streitwerts kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO). 9.2. Die von der Vorinstanz für das erstinstanzliche Verfahren festgesetzte Parteientschädigung von Fr. 6'188.– zuzüglich 8 % MwSt. blieb für den Fall der Berufungsabweisung unanfechtet und ist zu bestätigen. 9.3. Ausgangsgemäss ist die im Berufungsverfahren vollständig unterliegende Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'050.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen (§ 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 4 Abs. 1 und 11 Abs. 2 AnwGebV).

- 30 - 10. Fazit Aus den dargelegten Gründen erweist sich die Berufung als unbegründet und der angefochtene Entscheid ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO). Es wird beschlossen:

E. 12

Januar 2006, E. 3.2.1; ZK-Staehelin, Art. 337 OR N 7). Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das bloss geringe Verschulden des Klägers in ihre Beurteilung mit einbezog. 7.5. Für das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist auch von Bedeutung, wie lange das Arbeitsverhältnis bereits gedauert hat. Verfehlungen eines langjährigen Arbeitnehmers vermögen das durch längere Dauer gefestigte Vertrauensverhältnis weniger zu erschüttern als solche eines neu Eintretenden (ZK-Staehelin, Art. 337 OR N 6). Der Kläger machte gemäss Aussage des Geschäftsführers der Beklagten lange einen sehr guten Job. Ab dem Frühjahr 2013 habe sich der Kläger stark verändert. Plötzlich sei alles schief gelaufen (Prot. I S. 35). Dieser negativen Entwicklung hätte die Beklagte aber ohne Weiteres mit einer ordentlichen Kündigung begegnen können, zumal die Kündigungsfrist bloss zwei Monate betrug.

- 28 - 7.6. Zusammenfassend wiegen die erstellten Verfehlungen des Klägers (unterlassene Abmeldung am 5. Juli 2013 und das Ausführen einer zugewiesenen Arbeit erst nach Diskussionen mit mehreren ihm hierarchisch übergeordneten Personen sowie das Verweigern einer Aussprache am 11. Dezember 2013) nicht schwer genug, um eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Damit erweist sich die fristlose Kündigung vom 11. Dezember 2013 als ungerechtfertigt. 8. Folgen der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung

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