

# ZH\_OBERGERICHT LA190018 vom 17. Oktober 2019

ZH Obergericht, 2019-10-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LA190018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA190018)

FR: ZH\_OBERGERICHT LA190018 du 17 octobre 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT LA190018 del 17 ottobre 2019

## Erwägungen

### E. 1

Die Beklagte, Widerklägerin und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C.\_\_\_\_\_, welche die Führung von Betrieben im Gesundheitswesen (insbesondere Pflegeheime) bezweckt (Urk. 4 S. 1) und als solche in C.\_\_\_\_\_ die psychiatrische Klinik B.\_\_\_\_\_ betreibt. Sie schloss am

#### E. 1.1

Die Vorinstanz ging in ihrem Urteil von einer gerechtfertigten fristlosen Kündigung aus und verneinte entsprechend die vom Kläger gestützt auf Art. 337c OR geltend gemachten Schadenersatzansprüche (Urk. 40 E. 4 S. 11 ff., E. 5.3.1 S. 21 und E. 5.4 S. 27 f.).

- 9 -

#### E. 1.2

Voraussetzung der gerechtfertigten fristlosen Auflösung eines Arbeitsverhältnisses ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes (Art. 337 Abs. 1 OR). Ein solcher liegt gemäss Art. 337 Abs. 2 OR immer dann vor, wenn dem Kündigenden nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist, das Arbeitsverhältnis bis zum ordentlichen Kündigungstermin weiterzuführen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts 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; 129 III 380 E. 2.1. S. 382). Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab (BGE 127 III 153 E. 1a; 116 II 145 E. 6a; BGer 4C.154/2006 vom 26. Juni 2006, E. 2.2). Über das Vorhandensein von wichtigen Gründen entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR).

#### E. 1.3

Zu den Voraussetzungen der gerechtfertigten fristlosen Kündigung erwog die Vorinstanz im Wesentlichen was folgt: Der Kläger habe am 21. Juni 2017 unbestrittenermassen einen (entgeltlichen) Einsatz für die D.\_\_\_\_\_ GmbH geleistet. Gemäss Personalreglement der Beklagten sei für Nebenbeschäftigungen von Vollzeitbeschäftigten eine schriftliche Bewilligung erforderlich, welche nur erteilt werden könne, wenn sich die

Nebenbeschäftigung nicht nachteilig auf den Betrieb auswirke und arbeitsgesetzliche Vorschriften nicht verletzt würden. Da der Kläger für den Einsatz vom 21. Juni 2017 unbestrittenermassen keine schriftliche Bewilligung der Beklagten besessen und er mit diesem Einsatz zudem gegen die arbeitsgesetzlichen Vorschriften verstossen habe, sei von einer Verletzung der arbeitsvertraglichen Verpflichtung und ferner von einem Verstoss gegen die in Art. 321a Abs. 1 und Abs. 3 OR

- 10 - statuierte Treuepflicht des Arbeitnehmers auszugehen (mit Verweis auf Streiff/von Kaenel/Rudolph, Praxiskommentar Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, Art. 321a N 10). Bei der Beurteilung, ob dieser Verstoss als wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR zu qualifizieren sei, sei zu berücksichtigen, dass der Einsatz für die D.\_\_\_\_\_ GmbH in der akutpsychiatrischen Klinik E.\_\_\_\_\_ AG neun Stunden gedauert habe und gemäss unbestritten gebliebener Darstellung der Beklagten mit einer grossen physischen, psychischen und mentalen Belastung und Anstrengung verbunden gewesen sei. Dass der Kläger unter diesen Voraussetzungen nur gut fünf Stunden später bei der Beklagten einen 10-stündigen Nachteinsatz habe leisten wollen, erscheine bei objektiver Betrachtung als verantwortungslos, zumal der Kläger bei der Beklagten nicht einfach ein subalternen, zudienender Angestellter, sondern – nach wiederum unbestrittener Darstellung der Beklagten – alleine für zwei Stationen, d.h. für 45 Patientinnen und Patienten, zuständig gewesen sei. Das vom Kläger für den 21./22. Juni 2017 geplante Vorgehen zeuge schlicht von seiner mangelhaft ausgebildeten Sensibilität, was die Anforderungen und Herausforderungen seines Berufs anbelange und tangiere das in diesem Beruf notwendige Vertrauen des Arbeitgebers in das Verantwortungsbewusstsein des Arbeitnehmers in irreparabler Weise. Bei einer objektiven Betrachtung erscheine das Verhalten des Klägers als untolerierbar und stelle – auch ohne entsprechende Abmahnung – einen wichtigen Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR dar (mit Verweis auf die ähnlich gelagerten Präjudizien aufgeführt bei Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321a N 10). Auch sei davon auszugehen, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Beklagte tatsächlich unzumutbar gewesen sei, nachdem sie am 22. August 2017 von der Nebenbeschäftigung des Klägers bzw. vom Einsatz bei der E.\_\_\_\_\_ AG vom 21. Juni 2017 erfahren habe. Mit ihrer am 23. August 2017 ausgesprochenen Kündigung habe sie umgehend auf die Pflichtverletzung des Klägers reagiert. Selbst wenn ursprünglich tatsächlich eine Weiterbeschäftigung des Klägers im Raum gestanden hätte – wie es der Kläger geltend mache –, so hätte die Beklagte von dieser Option ohne Weiteres abweichen dürfen. Auch der Umstand, dass sich die Beklagte bei der Kündigung nicht ausschliesslich auf den Vorwurf der Nebenbeschäftigung beschränkt habe,

- 11 - vermöge die Wirksamkeit der Kündigung nicht zu tangieren (vgl. zum Ganzen Urk. 40 E. 4 S. 11 ff.). 1.4.1 Mit seiner Berufung macht der Kläger zunächst geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht eine Treuepflichtverletzung bejaht. In diesem Zusammenhang sei nämlich zu berücksichtigen, dass es sich bei der Beklagten und der E.\_\_\_\_\_ AG um zwei Gruppengesellschaften der H.\_\_\_\_\_ -Gruppe handle, welche die gleichen Verwaltungsräte hätten. Überdies sei bei beiden Gesellschaften I.\_\_\_\_\_, Leiterin der Personalabteilung, zeichnungsberechtigt. Aus dem Personalreglement 2018 der H.\_\_\_\_\_ -Gruppe gehe ferner hervor, dass eine Nebenbeschäftigung nur noch dort angenommen werde, wo eine Tätigkeit ausserhalb der H.\_\_\_\_\_ -Gruppe vorliege. Auch der zum Zeitpunkt der Kündigung gültigen Version des Personalreglements der Beklagten und der H.\_\_\_\_\_ -Gruppe sei zu entnehmen, dass dieses Gültigkeit für die gesamte Gruppe habe und gemeinsam erstellt worden sei. Wie

sich aus BGE 130 III 213 ergebe, habe eine Treuepflicht in einer solchen Konstellation innerhalb der gesamten Gruppe zu gelten. All dies habe der Kläger bereits vor Vorinstanz detailliert aufgezeigt (mit Verweis auf Urk. 22 Rz 11-20 S. 7 ff.). Die Vorinstanz habe sich mit diesen Ausführungen nicht ansatzweise auseinandergesetzt und damit seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Hätte sich die Vorinstanz mit seinen Ausführungen genügend auseinandergesetzt, so wäre sie unweigerlich zum Schluss gekommen, dass die Tätigkeit bei der E. \_\_\_\_\_ AG keine Nebenbeschäftigung dargestellt habe, zumal der Kläger nach wie vor innerhalb der H. \_\_\_\_\_-Gruppe tätig gewesen sei. Irrelevant sei dabei, dass seine Arbeitsleistung administrativ über die D. \_\_\_\_\_ GmbH abgewickelt worden sei, gehe das Weisungsrecht und die Treuepflicht des Arbeitnehmers bei einem solchen Personalverleih doch ohne Weiteres auf den Einsatzbetrieb über. Da vorliegend die Treuepflicht innerhalb der gesamten H. \_\_\_\_\_-Gruppe offensichtlich nicht verletzt worden sei, liege kein Verstoss gegen das Personalreglement und entsprechend auch keine Verletzung der Treuepflicht vor (Urk. 39 Rz 10-17 S. 5 ff. und Rz 28 S. 10). 1.4.2 Mit Bezug auf die klägerischen Vorbringen betreffend Konzernstruktur erwog die Vorinstanz, die Beklagte und die E. \_\_\_\_\_ AG seien

- 12 - unbestrittenermassen zwei verschiedene juristische Personen. Auch wenn beide Gesellschaften der H. \_\_\_\_\_-Gruppe angehörten, könne aus diesem Faktum nicht darauf geschlossen werden, dass die H. \_\_\_\_\_-Gruppe bzw. die Beklagte eine Beschäftigung bei einer anderen Gruppengesellschaft nicht als Nebenbeschäftigung qualifiziert hätte. Sinn und Zweck der im Personalreglement enthaltenen Bestimmung betreffend Nebenbeschäftigungen sei, dass ein Arbeitnehmer mit Vollzeitpensum seine Arbeitstätigkeit – ohne entsprechende schriftliche Bewilligung – nicht noch darüber hinaus zu Erwerbszwecken weitergehend zur Verfügung stellen dürfe. Vor diesem Hintergrund verstosse auch die Tätigkeit des Klägers in der E. \_\_\_\_\_ AG gegen die erwähnte Bestimmung zur Nebenbeschäftigung. Ferner würden die spitzfindigen Überlegungen des Klägers zu Gruppengesellschaften auch deshalb nicht überzeugen, weil der Kläger am 21. Juni 2017 nicht für die E. \_\_\_\_\_ AG, sondern für die D. \_\_\_\_\_ GmbH in der E. \_\_\_\_\_ AG tätig gewesen sei (Urk. 40 E. 4.4.4 S. 13 f.). 1.4.3 Die vom Kläger erhobene Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs (vgl. Urk. 39 Rz 14 S. 6) geht fehl. Wie die vorstehend zitierten Erwägungen zeigen, hat sich die Vorinstanz mit seinen Vorbringen betreffend Konzernstruktur der H. \_\_\_\_\_-Gruppe genügend auseinandergesetzt. Soweit sich der Kläger zur Begründung seines Standpunkts auf das Personalreglement 2018 der H. \_\_\_\_\_-Gruppe beruft, ist darauf hinzuweisen, dass dieses – wie die Beklagte zu Recht vorbringt (vgl. Urk. 45 Rz 10 S. 4 f.) – zum vorliegend relevanten Zeitpunkt (21. Juni 2017) noch nicht in Kraft war und auch keine Vorwirkung hatte (vgl. Urk. 23/23 S. 1). Entsprechend hat die Vorinstanz die Frage der Vertrags- bzw. Treuepflichtverletzung zu Recht gestützt auf das ältere, am 21. Juni 2017 in Kraft stehende Personalreglement der Beklagten (Urk. 5/11) beurteilt (vgl. Urk. 40 E. 4.3 S. 12). Nach dem Wortlaut dieses Reglements wird eine schriftliche Bewilligung für Nebenbeschäftigungen von Vollzeitbeschäftigten nur dann erteilt, wenn sich diese nicht nachteilig auf den Betrieb auswirken und arbeitsgesetzliche Vorschriften nicht verletzt werden (Urk. 5/11 Ziff. 15.1.1). Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass eine zusätzliche Erwerbstätigkeit nicht nur im

- 13 - Falle einer Konkurrenzierung der Arbeitgeberin, sondern auch dann untersagt ist, wenn sie zur Verletzung der Ruhe- und Höchstarbeitszeiten gemäss Arbeitsgesetz führt und/oder die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers herabsetzt. Eine Ausnahme für

Zusatzdienste von Vollzeitbeschäftigten, welche innerhalb der H.\_\_\_\_-Gruppe geleistet werden, ist im Reglement nicht vorgesehen. Vor diesem Hintergrund ist nicht einzusehen, weshalb ein neunstündiger Zusatzeinsatz als Pflegeassistent in der akutpsychiatrischen Klinik E.\_\_\_\_ AG, auf welchen gut fünf Stunden später ein zehnstündiger Nachtdienst bei der Beklagten gefolgt hätte, nicht der Bewilligungspflicht gemäss Ziff. 15.1.1 des Personalreglements unterstehen sollte. Daran vermag – entgegen der Ansicht des Klägers – auch der Umstand nichts zu ändern, dass das in Frage stehende Personalreglement von der Beklagten und der E.\_\_\_\_ AG gemeinsam erstellt wurde und diese beiden Gesellschaften mithin über das gleiche Personalreglement verfügen (vgl. Urk. 5/11 S. 6 und Urk. 45 Rz 12 S. 5). Auch soweit der Kläger unter Berufung auf BGE 130 III 213 geltend macht, er habe seine innerhalb der gesamten H.\_\_\_\_-Gruppe geltende Treuepflicht nicht verletzt, kann ihm nicht gefolgt werden. In dieser Bundesgerichtsentscheid ging es mitunter um die Frage, ob die arbeitsvertragliche Treuepflicht bloss gegenüber jener Gesellschaft besteht, die vertraglich als Arbeitgeberin auftritt, oder gegenüber dem ganzen Konzern. Das Bundesgericht erwog dazu, dass grundsätzlich nur die Vertragspartnerin aus der Treuepflicht berechtigt sei. Mit Verweis auf eine in der Lehre vertretene Meinung, wonach im Konzern gestützt auf die wirtschaftliche Verbundenheit eine erweiterte Treuepflicht zu Gunsten anderer Konzernunternehmen bestehen könne, hielt das Bundesgericht ferner fest, dass eine Treuepflichtverletzung konsequenterweise nicht in der blossen Schädigung der eigenen Arbeitgeberin liegen könne, wenn die arbeitsvertragliche Treuepflicht den Arbeitnehmer zur Wahrung der Interessen des gesamten Konzerns verpflichte und die entsprechende Handlung im übergeordneten Konzerninteresse liege (vgl. zum Ganzen BGE 130 III 213 E. 2.2.1 mit weiteren Hinweisen und Verweisen). Dass die durch die Treuepflicht geschützten Interessen im gegebenen Fall konzernweit resp. innerhalb der H.\_\_\_\_-Gruppe definiert waren, versucht der Kläger vorliegend – wie seine Ausführungen vor Vor-

- 14 - instanz zeigen (vgl. Urk. 22 Rz 16-20 S. 8 ff.) – wiederum gestützt auf das Personalreglement 2018 der H.\_\_\_\_-Gruppe darzutun. Bereits aufgrund des Umstandes, dass dieses Reglement auf den vorliegend zu beurteilenden Vorfall vom 21. Juni 2017 – wie gesehen – nicht anwendbar ist, verfängt die klägerische Argumentation nicht. Ferner erscheint fraglich, ob die Rechtsprechung des Bundesgerichts in der gegebenen Konstellation überhaupt anwendbar wäre. So lag dem Einsatz vom 21. Juni 2017 unbestrittenermassen eine Anstellung des Klägers bei der D.\_\_\_\_ GmbH zugrunde (vgl. Urk. 5/4 und 5/7). Inwieweit der Kläger mit dem Einsatzbetrieb E.\_\_\_\_ AG über eine vertragliche Beziehung verfügte, wurde vom Kläger demgegenüber nicht dargelegt, begnügt er sich diesbezüglich doch lediglich mit dem Hinweis auf das angeblich bestehende Personalverleihverhältnis. Insofern kann auch nicht beurteilt werden, ob seine Treuepflicht vorliegend auf den Einsatzbetrieb bzw. auf die H.\_\_\_\_-Gruppe übergang oder nicht. Doch selbst wenn davon ausgegangen würde, dass der Kläger einer konzernweit definierten Treuepflicht gegenüber der H.\_\_\_\_-Gruppe unterlegen wäre, kann keineswegs gesagt werden, dass das vom ihm geplante Vorgehen – die Ausübung zweier aufeinanderfolgender neun- bzw. zehnstündiger Dienste in psychiatrischen Kliniken – im übergeordneten Konzerninteresse gelegen hätte (vgl. zur damit einhergehenden Patientengefährdung nachfolgende Ziff. 1.5). Alles in allem ist daher mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Kläger mit seinem am 21. Juni 2017 geleisteten Einsatz gegen Ziffer 15.1.1 des Personalreglements betreffend Nebenbeschäftigungen verstossen hat. Mit ebendieser Vertragsbestimmung hat die Beklagte die in Art. 321a OR statuierte Treuepflicht des

Arbeitnehmers konkretisiert, was angesichts des dispositiven Charakters von Art. 321a OR ohne Weiteres zulässig ist (vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 321a N 17). Entsprechend hat der Kläger – wie die Vorinstanz zutreffend festhielt – nicht nur das Personalreglement, sondern auch seine Treuepflicht gegenüber der Beklagten verletzt. 1.5.1 Im Weiteren beanstandet der Kläger die vorinstanzliche Schlussfolgerung, wonach die genannte Treuepflichtverletzung einen wichtigen

- 15 - Grund im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR darstelle, welcher eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertige. Dabei macht er zusammengefasst geltend, die Vorinstanz habe ausser Acht gelassen, dass es zu einer Pflichtverletzung im Sinne der Gefährdung von Patienten gar nicht gekommen sei, da er nach seinem Einsatz bei der E.\_\_\_\_\_ AG unbestrittenermassen nicht zum Nachtdienst bei der Beklagten erschienen sei. Entsprechend hätte die Vorinstanz von dem gegebenen Sachverhalt ausgehen müssen – nämlich, dass der Kläger unerlaubt bei der Schwestergesellschaft der Beklagten, der E.\_\_\_\_\_ AG, über die D.\_\_\_\_\_ GmbH in seiner Freizeit gearbeitet habe und in der Folge nicht zum Dienst bei der Beklagten erschienen sei. Weiter wäre durch die Vorinstanz abzuklären gewesen, ob das Nichtantreten des Dienstes durch den Kläger mit seinem vorherigen Einsatz bei der E.\_\_\_\_\_ AG in einem Zusammenhang gestanden habe oder nicht. Anstatt der "Pflichtverletzung gegenüber Patienten", welche zu keinem Zeitpunkt stattgefunden habe, hätte ferner höchstens "der Vorwurf untersucht werden müssen", dass der Kläger bei der E.\_\_\_\_\_ AG gearbeitet habe, was eine Nebenbeschäftigung darstellen könne. Diesbezüglich sei einerseits zu berücksichtigen, dass nicht jede entgeltliche Arbeit für einen Dritten verboten sei, sondern nur jene, die der Treuepflicht widerspreche. Wichtigstes Beispiel hierfür sei die Konkurrenzierung des Arbeitgebers, welche vorliegend gerade nicht stattgefunden habe. Andererseits sei darauf hinzuweisen, dass der Einsatz des Klägers bei der E.\_\_\_\_\_ AG eine einmalige Sache gewesen sei. Auch dies habe die Vorinstanz nicht berücksichtigt. Genauso wenig habe sie begründet, weshalb dieser unbestrittenermassen einmalige Vorfall ohne vorherige Abmahnung innerhalb der bereits ordentlichen Kündigungsfrist zu einer fristlosen Entlassung berechtigen sollte. Insgesamt habe die Vorinstanz damit sowohl den relevanten Sachverhalt falsch erfasst bzw. unzulässig erweitert als auch Art. 337 Abs. 1 OR falsch angewandt (Urk. 39 Rz 18-30 S. 7 ff.). 1.5.2 Wie die Beklagte zu Recht festhält (vgl. Urk. 45 Rz 24 S. 9), wird dem Kläger nicht eine konkrete Patientengefährdung vorgeworfen. Vielmehr besteht der Vorwurf darin, dass er seine Arbeitszeiten so geplant hat, dass es zu einer Patientengefährdung gekommen wäre, wenn er seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen gegenüber beiden Arbeitgeberinnen – der D.\_\_\_\_\_ GmbH und

- 16 - der Beklagten – tatsächlich erfüllt hätte. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass der Kläger im vorinstanzlichen Verfahren selbst ausführte, er habe keineswegs geplant, am 21. Juni 2017 nur den einen Dienst (für die D.\_\_\_\_\_ GmbH) und nicht auch den Nachtdienst (bei der Beklagten) anzutreten. Es gelte zu "unterscheiden", dass er "in Bezug auf die ständige Druckausübung durch die Beklagte [aufgrund seiner Arbeitsunfähigkeit] arbeitsplatzbezogen [psychisch] arbeitsunfähig" geworden sei. Seiner Arbeit habe er aber nachgehen können, soweit er nicht an anderen gesundheitlichen Problemen gelitten habe. Am 21. Juli [recte: Juni] 2017 habe er am Abend unter starken Bauchschmerzen gelitten und deshalb zum Nachtdienst bei der Beklagten nicht antreten können. Diese Bauchschmerzen seien für ihn zu diesem Zeitpunkt überraschend gewesen. Er sei somit nicht wegen des Tagdienstes in der E.\_\_\_\_\_ AG am Abend krank geworden (vgl. zum

Ganzen Urk. 22 Rz 32). Von ebendiesem geplanten Vorgehen ging – wie gesehen (vgl. oben Ziff. 1.3) – auch die Vorinstanz aus. Mithin ist sie diesbezüglich der Sachdarstellung des Klägers gefolgt – und nicht derjenigen der Beklagten, welche vorinstanzlich die Auffassung vertrat, der Kläger habe bereits im Vorhinein gewusst, dass zwei Einsätze an einem Tag unmöglich zu leisten seien, weshalb er die Krankschreibung für die Nachtschicht bei der Beklagten von Anfang an geplant habe (vgl. Urk. 9 Rz 15 S. 6; Prot. I S. 4 f.). Der klägerische Vorwurf der unzulässigen Sachverhaltserweiterung ist demnach unbegründet; eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung ist nicht ersichtlich. Der Vorinstanz ist ferner darin zuzustimmen, dass das Verhalten eines Pflegeassistenten, der sich an demselben Tag für einen neunstündigen Tagdiensteinsatz in einer akutpsychiatrischen Klinik sowie für einen bis am Folgetag andauernden zehnstündigen Nachtdiensteinsatz in einer anderen psychiatrischen Klinik einteilen lässt und plant, diese beiden Dienste wahrzunehmen, bei objektiver Betrachtung als verantwortungslos und untolerierbar zu qualifizieren ist. Auch wenn der Kläger vorliegend den Nachtdienst bei der Beklagten infolge Krankschreibung nicht angetreten und mithin die Patienten der Beklagten nicht konkret gefährdet hat, so ist ihm immerhin vorzuwerfen, dass er bei der Planung seiner Einsätze eine Patientengefährdung in Kauf genommen hat. Sein Verhalten tangiert – wie die

- 17 - Vorinstanz zutreffend festhielt – das in Pflegeberufen notwendige Vertrauen der Arbeitgeberin in das Verantwortungsbewusstsein des Arbeitnehmers in irreparabler Weise. Insofern kann der Kläger aus dem Umstand, dass er den Dienst bei der Beklagten infolge Krankschreibung letztlich nicht angetreten hat, nichts zu seinen Gunsten ableiten. Genauso unhelflich ist der klägerische Verweis auf den im JAR 1985 S. 106 publizierten Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 6. Februar 1984 (vgl. Urk. 39 Rz 23 S. 9), zumal dort nicht – wie vorliegend – eine in Kauf genommene Patientengefährdung in Frage stand, sondern die Ausübung einer Nebenbeschäftigung, welche bloss zu einem zu frühen Verlassen des Arbeitsplatzes, nicht aber zu einer Herabsetzung der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers führte (vgl. Beschluss des Obergerichts vom 6. Februar 1984, in: JAR 1985 S. 106, E. 2c-d). Mit Bezug auf die vom Kläger bereits vorinstanzlich behauptete Nichtkonkurrenzierung der Beklagten erwog die Vorinstanz, dass dem Kläger gemäss der erwähnten Bestimmung im Personalreglement generell jede, ohne schriftliche Bewilligung ausgeübte und einer Erwerbstätigkeit gleichkommende Nebenbeschäftigung untersagt gewesen sei. Insofern sei grundsätzlich irrelevant, ob die Beklagte durch die Tätigkeit des Klägers konkurrenziert worden sei. Aufgrund des Umstands, dass der Kläger aber zusätzlich für die D. \_\_\_\_\_ GmbH und nicht für die E. \_\_\_\_\_ AG gearbeitet habe, sei aber sehr wohl auch von einer konkurrenzierenden Tätigkeit auszugehen (Urk. 40 E. 4.4.3 S. 13). Da sich der Kläger in seiner Berufungsschrift mit diesen Erwägungen der Vorinstanz nicht auseinandersetzt, ist auf sein wiederholtes Vorbringen, es habe keine Konkurrenzierung stattgefunden (vgl. Urk. 39 Rz 16 S. 7, Rz 22 S. 9 und Rz 27 S. 10), nicht weiter einzugehen. Zusammenfassend ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Vorfall vom 21./22. Juni 2017 – in objektiver Betrachtung der konkreten Umstände – für sich allein bereits eine schwerwiegende Verfehlung des Klägers und mithin einen wichtigen Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses darstellte. Insofern zielt auch die Rüge der unrichtigen Anwendung von Art. 337 Abs. 1 OR ins Leere.

- 18 - 1.6.1 Zuletzt macht der Kläger geltend, die Beklagte habe die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses aufgrund des Vorfalls vom 21. Juni 2017 nicht für unzumutbar empfunden. Auch diesbezüglich habe die Vorinstanz den Sachverhalt falsch erfasst. Wie er

bereits an der Hauptverhandlung ausgeführt habe, gebe es klare Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte trotz des Wissens um die Tätigkeit des Klägers bei der E.\_\_\_\_\_ AG noch nicht der Meinung gewesen sei, dem Kläger definitiv kündigen zu müssen. So habe die Beklagte erst am 22. August 2017 von seiner Tätigkeit bei der E.\_\_\_\_\_ AG erfahren und ihn daraufhin zu einer Besprechung auf den 23. August 2017 eingeladen. Das Thema dieser Besprechung wäre der Bericht des Vertrauensarztes gewesen, was die Beklagte in ihrem Schreiben vom 28. September 2017 selbst ausgeführt habe. Es sei nicht einzusehen, weshalb die Beklagte mit ihm ein Gespräch über den Bericht des Vertrauensarztes habe führen wollen, wenn sie ohnehin der Auffassung gewesen wäre, seine Nebenbeschäftigung sei eine derart schwere Verfehlung, die eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unmöglich mache. Die vorinstanzliche Feststellung, es könne aus dem Schreiben vom 28. September 2017 nicht herausgelesen werden, dass es an der besagten Besprechung nur um die vertrauensärztliche Untersuchung gegangen wäre, sei vollkommen willkürlich und stehe im Widerspruch zum klaren Wortlaut des Schreibens. Überdies habe die Vorinstanz ausser Acht gelassen, dass die Beklagte in ihrer Klageantwort selbst ausgeführt habe, dass das Mass erst mit der Verweigerung des Gesprächs vom 23. August 2017 bzw. der damit verbundenen Verletzung der Mitwirkungspflicht voll gewesen sei. Es sei offensichtlich, dass es beim Gespräch vom 23. August 2017 nicht allein darum gehen können, dem Kläger die fristlose Kündigung zu übergeben. Dafür brauche es keine Mitwirkung und es bestehe auch keine entsprechende Pflicht. Über diesen offensichtlichen Widerspruch habe sich die Vorinstanz willkürlich hinweggesetzt. Ferner habe es die Vorinstanz unterlassen, auf den wahren Grund der fristlosen Kündigung – die Verweigerung der Teilnahme am Gesprächstermin vom 23. August 2017 – einzugehen. Hätte sie den Sachverhalt vollständig und korrekt festgestellt, so wäre sie zum Schluss gekommen, dass die Nichtteilnahme des Klägers an einem Gespräch eine fristlose Kündigung nicht zu rechtfertigen vermöge – dies erst recht nicht, da der

- 19 - Kläger zu diesem Zeitpunkt unbestrittenermassen arbeitsunfähig gewesen sei (Urk. 39 Rz 31-44 S. 11 ff.). 1.6.2 In Bezug auf die Ereignisse des 22./23. August 2017 erwog die Vorinstanz in erster Linie, dass diesbezüglich nicht auf die Darstellung des Klägers in seiner Replik, sondern auf diejenige der Beklagten in deren Duplik abzustellen sei, zumal der Kläger Letztere nicht bestritten habe. Konkret habe die Beklagte darin vorgebracht, dass am 21. August 2017 die vertrauensärztliche Untersuchung stattgefunden habe. Da der Vertrauensarzt dem Kläger eine auf den Arbeitsplatz bezogene Arbeitsunfähigkeit attestiert habe, habe die Personalverantwortliche der Beklagten im Sinne einer Schadensminderung in der E.\_\_\_\_\_ AG nachgefragt, ob der Kläger allenfalls dort eingesetzt werden könnte. Bei dieser Nachfrage habe sie erfahren, dass man den Kläger in den Abteilungen der E.\_\_\_\_\_ AG sehr gut kenne und er noch nicht lange vorher dort einen Einsatz gehabt habe. Daraufhin habe sie den Kläger angerufen, ohne zu erwähnen, welches Thema besprochen werden solle. Denn es sei damals schon klar gewesen; die fristlose Kündigung habe auf dem Tisch gelegen. Diese hätte dem Kläger am 23. August 2017 ausgehändigt werden sollen, nachdem er gegebenenfalls noch hätte Stellung nehmen können, ob es sich um irgendeine Art von Missverständnis handle. Mangels Bestreitung dieser beklagtischen Ausführungen durch den Kläger – so die Vorinstanz weiter – sei davon auszugehen, dass die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses bereits am 22. August 2017 – also im Zeitpunkt, als das Telefongespräch mit dem Kläger geführt worden sei – auf dem Tisch gelegen habe. Da damals als einzige Pflichtverletzung des Klägers die unerlaubte Nebenbeschäftigung im Raum gestanden habe, sei erstellt, dass bereits diese für die Beklagte zur (tatsächlichen)

Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses geführt habe (Urk. 40 E. 4.6.1-4.6.2 S. 16 f.). 1.6.3 Diese Hauptbegründung der Vorinstanz vermag nicht zu überzeugen. Die Beklagte hat den Ablauf der Geschehnisse des 21./22. August 2017 bereits im Rahmen ihrer Klageantwort weitgehend gleich geschildert wie in ihrer Duplik (vgl. Urk. 9 Rz 31). Zwar hat sie in der Klageantwort nicht ausdrücklich erwähnt,

- 20 - dass die Kündigung bereits vor der Verweigerung der Teilnahme am Gespräch vom 23. August auf dem Tisch gelegen habe, doch lässt sich dies implizit aus ihren Ausführungen in Rz 31 ableiten (vgl. Urk. 9 a.a.O.). Der Kläger hielt dieser Darstellung im Rahmen seiner Replik entgegen, die Beklagte habe ihn – nachdem sie von seinem Einsatz vom 21. Juni 2017 erfahren habe – am 22. August 2017 zu einer Besprechung auf den Folgetag eingeladen, an welcher der Bericht des Vertrauensarztes und mithin die angedachte Möglichkeit, den Kläger bei der E. \_\_\_\_\_ AG zu beschäftigen, hätte thematisiert werden sollen. Erst als er diese Besprechung verweigert habe, sei das Mass voll gewesen und man habe ihm gekündigt. Entsprechend sei offensichtlich, dass für die Beklagte am 22. August 2017 noch keine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses vorgelegen habe (Urk. 22 Rz 5 f. S. 4 f.). Mit diesen Ausführungen hat der Kläger unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass aus seiner Sicht im Zeitpunkt des Telefonats resp. vor der Verweigerung der Besprechung der Entschluss, fristlos zu kündigen, noch nicht feststand. Eine erneute bzw. explizite Bestreitung der nachfolgenden – detaillierteren – Ausführungen der Beklagten war demnach nicht mehr erforderlich. Entsprechend lässt sich die vorinstanzlich angenommene subjektive Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mit einer mangelnden Bestreitung durch den Kläger begründen. 1.6.4 In einer Eventualbegründung erwog die Vorinstanz, dass es dem Kläger nicht gelinge, seine Behauptung zu beweisen, wonach die Beklagte trotz der von ihm ausgeübten Nebenbeschäftigung nicht von einer Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ausgegangen sei. Der Kläger habe hierfür zwei Urkunden genannt: die fristlose Kündigung der Beklagten vom 23. August 2017 und das Schreiben der Beklagten an den klägerischen Rechtsvertreter vom 28. September 2017. In der Kündigung der Beklagten seien in enumerativer Weise drei Gründe für die aus Sicht der Beklagten gegebene Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses aufgeführt worden, nämlich die Verweigerung des Gesprächs am 23. August 2017, die Verletzung der arbeitsgesetzlichen Vorschriften durch eine nicht bewilligte Nebenbeschäftigung bei einer 100%-Anstellung sowie die Ausübung der Nebenbeschäftigung bei ausgewiesener Arbeitsunfähigkeit. Eine irgendwie geartete Gewichtung dieser

- 21 - Gründe lasse sich der Kündigung nicht entnehmen. Ebenso wenig ergebe sich aus der Kündigung, dass am 22. August 2017 die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die Beklagte trotz bekannter Nebenbeschäftigung des Klägers in der E. \_\_\_\_\_ AG noch zumutbar gewesen sein sollte. Die Kündigung gebe somit zur Stützung des in Frage stehenden klägerischen Standpunktes nichts her. Im Brief vom 28. September 2017 erkläre die Beklagte, dass an der fristlosen Kündigung festgehalten werde und dass die Gründe hierfür gegeben seien. Anschliessend komme sie auf die in Frage stehende Nebenbeschäftigung des Klägers zu sprechen, welche sie als nicht akzeptabel taxiere, und halte dann in einem weiteren Absatz fest, dass der Kläger zudem den Gesprächstermin vom 23. August 2017 verweigert habe, dessen Thema die vertrauensärztliche Untersuchung vom 21. August 2017 gewesen wäre. Aus dieser letztgenannten Passage – so die Vorinstanz weiter – könne nicht herausgelesen werden, dass an der beabsichtigten Besprechung erstens

nur die Ergebnisse der vertrauensärztlichen Untersuchung des Klägers zur Sprache gekommen wären und es zweitens nur um die Formalitäten einer Weiterbeschäftigung des Klägers an einem anderen Arbeitsort gegangen wäre. Entsprechend gelinge dem Kläger auch mit dieser Urkunde der strikte Beweis nicht, dass für die Beklagte am 22. August 2017 die Fortführung des Arbeitsverhältnisses nicht unzumutbar gewesen sei (Urk. 40 E. 4.6.3 S. 17 f.). 1.6.5 Wird eine fristlose Kündigung sofort nach Entdeckung eines wichtigen Grundes ausgesprochen, so gilt ein solch umgehendes Handeln als Beweis und Ausdruck der zerstörten Vertrauensbasis (Milani, OFK-OR, Art. 337 N 16; KUKO OR-Schwaibold, Art. 337 N 11). Mit anderen Worten wird diesfalls die (subjektive) Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses vermutet. Da die Beklagte ihre fristlose Kündigung vorliegend bereits am 23. August 2017, und mithin einen Tag nach Entdeckung der Pflichtverletzung betreffend Nebenbeschäftigung, ausgesprochen hatte, greift die Vermutung, dass sie die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses aufgrund dieser Pflichtverletzung für unzumutbar hielt. Entsprechend ist der Vorinstanz darin beizupflichten, dass dem Kläger die Beweislast dafür obliegt, dass für die Beklagte am 22. August 2017

- 22 - trotz ihres Wissens um die nicht bewilligte Nebenbeschäftigung keine Unzumutbarkeit zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses vorgelegen haben soll. Die Parteien stimmen darin überein, dass die Beklagte am 21. August 2017 vom Vertrauensarzt über das Vorliegen einer arbeitsplatzbedingten Arbeitsunfähigkeit in Kenntnis gesetzt worden war und dass sie deshalb am 22. August 2017 abklärte, ob der Kläger bei der E. \_\_\_\_\_ AG angestellt werden könnte. Unbestritten ist zudem, dass die Beklagte im Rahmen dieser Abklärungen von der nicht bewilligten Nebenbeschäftigung bzw. vom Einsatz des Klägers vom 21. Juni 2017 erfuhr und den Kläger daraufhin zu einer Besprechung auf den 23. August 2017 einlud (vgl. zum Ganzen Urk. 9 Rz 31 S. 10; Urk. 22 Rz 5 S. 4; Prot. I S. 5 f.). Daraus folgt, dass die Beklagte eine Anstellung des Klägers bei der E. \_\_\_\_\_ AG hatte vermitteln wollen, bevor sie von der nicht bewilligten Nebenbeschäftigung erfuhr. Nunmehr will der Kläger aus dem beklagteschen Schreiben vom 28. September 2017 ableiten, dass die Beklagte die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger auch nach Kenntnis der nicht bewilligten Nebenbeschäftigung noch für zumutbar erachtet habe (vgl. Urk. 22 Rz 6 S. 5; Urk. 39 Rz 37-39 S. 12 f.). In diesem Schreiben äusserte sich die Beklagte zwar dahingehend, dass das Thema der Besprechung vom 23. August 2017 die vertrauensärztliche Untersuchung gewesen wäre. Gleichzeitig brachte sie darin allerdings auch zum Ausdruck, dass ihrer Ansicht nach der Hauptgrund der fristlosen Kündigung in der Ausübung einer nicht bewilligten Nebenbeschäftigung bzw. im Verstoß gegen das Personalreglement lag, wohingegen die Verweigerung des Gesprächstermins lediglich als weiterer Kündigungsgrund aufgeführt wurde (vgl. Urk. 5/15). Bereits unter Berücksichtigung des Gesamtinhalts des Schreibens kann die vom Kläger erwähnte Passage daher nicht dahingehend ausgelegt werden, dass die Beklagte eine Anstellung des Klägers bei der E. \_\_\_\_\_ AG nach Entdeckung der Pflichtverletzung der nicht bewilligten Nebenbeschäftigung weiterhin in Erwägung zog. Mithin kann daraus auch nicht geschlussfolgert werden, die Beklagte hätte die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses trotz ihres Wissens um die fragliche Pflichtverletzung noch nicht für unzumutbar erachtet. Zudem ist zu berücksichtigen, dass gerade wegen des Berichts des Vertrauensarztes das pflichtwidrige Verhalten des Klägers

- 23 - entdeckt wurde. Auch aus diesem Grund erscheint es geradezu abwegig, aus dem im Schreiben vom 28. September 2017 definierten Thema der Besprechung ableiten zu wollen, der Gesprächstermin vom 23. August 2017 hätte der Besprechung der Ergebnisse der vertrauensärztlichen Untersuchung im Sinne einer Planung der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dienen sollen. Die vorinstanzliche Beweiswürdigung in Bezug auf das Schreiben vom 28. September 2017 ist demnach nicht zu beanstanden. Auch soweit der Kläger aus der Klageantwort der Beklagten ableiten will, die Beklagte habe erst mit der Verweigerung des Gesprächstermins die Fortführung des Arbeitsverhältnisses als unzumutbar erachtet (vgl. Urk. 39 Rz 35 S. 12 und Rz 41 S. 13), kann ihm nicht gefolgt werden. So führte die Beklagte in ihrer Klageantwort zwar weitere Vorfälle auf, aufgrund welcher sich die fristlose Kündigung ihrer Ansicht nach umso mehr gerechtfertigt habe. Gleichzeitig hielt sie aber ausdrücklich fest, ausschlaggebend für die fristlose Kündigung sei die Tatsache gewesen, dass der Kläger neben einer 100%-igen Anstellung einer nicht bewilligten Nebenbeschäftigung nachgegangen sei und dabei eine Patientengefährdung in Kauf genommen habe (vgl. Urk. 9 Rz 32 S. 10 f. und Rz 36 S. 12). Darüber hinaus hat die Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren schlüssig dargelegt, dass sie dem Kläger im Rahmen des angesetzten Besprechungstermins – vor dem Aussprechen der fristlosen Kündigung – die Möglichkeit zur Stellungnahme einräumen wollte, um auszuschliessen, dass es sich um irgendeine Art von Missverständnis handelte (vgl. Prot. I S. 5). Dass eine fristlose Kündigung dem Arbeitnehmer im Rahmen eines Gesprächs eröffnet wird, ist denn auch nicht unüblich. Insofern zielen auch die Vorbringen des Klägers ins Leere, wonach es beim besagten Gespräch offensichtlich nicht allein um die Übergabe der fristlosen Kündigung gehen können (Urk. 39 Rz 39 S. 12 f.). Nach dem Gesagten ergeben sich aus dem Verhalten der Beklagten – entgegen der Ansicht des Klägers – keine Anhaltspunkte dafür, dass sie das Arbeitsverhältnis mit ihm auch nach Entdeckung der Pflichtverletzung betreffend Nebenbeschäftigung fortsetzen wollte. Mithin besteht auch keine Parallele zu dem

- 24 - vom Kläger zitierten, im JAR 1990 S. 267 publizierten Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich vom 11. Februar 1988. Genauso unbehelflich ist der klägerische Verweis auf JAR 1990 S. 264, zumal – entgegen der unbegründet gebliebenen Ansicht des Klägers (vgl. Urk. 39 Rz 42 S. 14) – nicht ersichtlich ist, inwiefern der dort beurteilte Sachverhalt mit demjenigen im vorliegenden Fall vergleichbar wäre. Entsprechend gelingt es dem Kläger nicht zu widerlegen, dass die subjektive Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bereits nach Entdeckung der Pflichtverletzung betreffend Nebenbeschäftigung vorlag. Es ist daher mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass das Vertrauensverhältnis aufgrund des Vorfalls vom 21. Juni 2017 tatsächlich derart erschüttert wurde, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist für die Beklagte nicht mehr zumutbar war. 1.6.6 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die Ausübung der Nebenbeschäftigung ohne schriftliche Bewilligung zu Recht als Treuepflichtverletzung und als wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR qualifizierte, der eine fristlose Auslösung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger rechtfertigte. Mithin stehen dem Kläger keine Schadenersatzansprüche aus ungerechtfertigter fristloser Kündigung zu, weshalb sich die Berufung in diesem Punkt als unbegründet erweist. 2. Ansprüche des Klägers aus behauptetem Ferienguthaben

## **E. 2**

Mit Eingabe vom 6. Juli 2018 machte der Kläger bei der Vorinstanz unter Einreichung der Klagebewilligung vom 4. April 2018 (Urk. 1) die vorliegende Klage anhängig (Urk. 2). Konkret verlangte er von der Beklagten Schadenersatz für den Verdienstausfall infolge ungerechtfertigter fristloser Kündigung für die Zeit ab der fristlosen Entlassung bis zur geplanten ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. Oktober 2017, die Auszahlung von Entschädigungen für die ungerechtfertigte fristlose Kündigung und für die nicht bezogenen Ferien sowie die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses gemäss vorformuliertem Wortlaut (vgl. Urk. 2 Rz 17 ff. S. 8 ff.). Mit Verfügung vom 12. Juli 2018 wurde der Beklagten Frist zur schriftlichen Stellungnahme angesetzt (Urk. 7). Diese ging fristgerecht am 14. August 2018 bei der Vorinstanz ein und enthielt obgenannte

- 6 - Rechtsbegehren zur Haupt- und Widerklage (Urk. 9). Der weitere Prozessverlauf vor Vorinstanz kann dem erstinstanzlichen Urteil entnommen werden (Urk. 40 E. 2 S. 4 f.). Am 4. April 2019 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid, mit welchem sowohl Klage wie auch Widerklage – unter Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers – abgewiesen wurden (Urk. 40).

### **E. 2.1**

Hinsichtlich der vom Kläger geltend gemachten Entschädigung für nicht bezogene Ferien von Fr. 4'139.30 brutto erwog die Vorinstanz im Wesentlichen, dass dem Kläger für 2017, resp. bis zu seinem Ausscheiden am 23. August 2017 Ferien im Umfang von 14.93 Arbeitstagen zugestanden hätten. Nach eigener Zusage habe der Kläger 2017 bereits neun Ferientage bezogen, womit sich sein Ferienanspruch auf 5.93 Arbeitstage reduziere. Für die Zeit vom

### **E. 2.2**

In Bezug auf diese Erwägungen macht der Kläger berufsungsweise geltend, die Vorinstanz sei hinsichtlich seiner Ferienunfähigkeit von einer falschen Beweislastverteilung ausgegangen. Richtigerweise wäre es von der Beklagten zu beweisen gewesen, dass er trotz seiner Arbeitsunfähigkeit Ferien hätte beziehen können. Dies sei von ihm bestritten worden. Ferner habe er diesbezüglich als Beweis nicht nur die entsprechenden Arztzeugnisse, sondern auch die Befragung seiner behandelnden Ärztin und Ausstellerin der Zeugnisse offeriert. Entsprechend hätte die Vorinstanz bei Zweifeln über seine Ferienfähigkeit für den - 26 - Zeitraum der geplanten Ferien vom 7. bis 10. August 2017 sicherlich die behandelnde Ärztin befragen müssen. Selbst wenn er in dieser Zeit arbeitsplatzbezogen arbeitsunfähig gewesen sei, so hätte die Vorinstanz nicht einfach antizipieren können, dass er in dieser Zeit hätte Ferien beziehen können. Alles in allem habe ihm die Vorinstanz zu Unrecht Ferien angerechnet, welche er nicht habe beziehen können. Sie habe sowohl den Sachverhalt unvollständig festgestellt, wie auch sein Recht auf Abnahme von Beweisen unrechtmässig verweigert (Urk. 39 Rz 45-48 S. 15 f.).

### **E. 2.3**

Die Beklagte hält dem entgegen, der Kläger sei ausserhalb ihres Betriebes "ausdrücklich" arbeitsfähig gewesen. Die Ferienfähigkeit stehe somit ausser Zweifel (Urk. 45 Rz 33 S. 13).  
2.4.1 Der von der Vorinstanz für 2017 errechnete Ferienanspruch von 5.93 Arbeitstage blieb im Berufungsverfahren unbestritten. Dagegen ist nach wie vor streitig, ob der Kläger in der Zeit vom 7. bis 10. August 2017 Ferien bezogen hat.  
2.4.2 Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten

Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Nach dieser Grundregel hat das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu beweisen, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt. Die Erfüllung der Vertragspflicht hat dagegen jene Partei zu beweisen, welche dies behauptet und damit den Untergang der vertraglichen Pflicht einwendet. Die Ferien sind im Gesetz als vertraglicher Leistungsanspruch des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber und nicht als blosse Einschränkung der Leistungspflicht des Arbeitnehmers geregelt. Mit der Anordnung der Ferien und der Arbeitsbefreiung sowie Lohnzahlung während dieser Zeit erfüllt der Arbeitgeber seine vertraglichen Pflichten. Die Nichtgewährung der Ferien stellt somit die Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung dar (vgl. zum Ganzen BGer 4C.57/2001 vom 12. Februar 2002, E. 2a mit weiteren Hinweisen und Verweisen). Aus den Grundsätzen über die Verteilung der Beweislast ergibt sich für den vorliegenden Fall, dass der Kläger – als Arbeitnehmer – sowohl die vertragliche Verpflichtung der Beklagten zur Gewährung von Ferien wie auch den

- 27 - konkreten Ferienanspruch aufgrund der Dauer des Arbeitsverhältnisses beweisen muss. Demgegenüber trägt die Beklagte – als Arbeitgeberin – die Beweislast dafür, dass und wie viele Ferientage während der massgebenden Zeit vom Kläger bezogen worden sind (so auch in BGer 4C.57/2001 vom 12. Februar 2002, E. 2a/bb). Dem Kläger ist demnach insoweit zuzustimmen, als dass die Beweislast für den Bezug von Ferien der Beklagten obliegt. 2.4.3 Die Beklagte machte vor Vorinstanz geltend, gemäss Bericht des Vertrauensarztes sei davon auszugehen, dass beim Kläger seit Beginn der laufenden Krankheit, d.h. seit dem 21. Juli 2017, nur eine arbeitsplatzbedingte Arbeitsunfähigkeit vorgelegen habe (Urk. 9 Rz 30 S. 10 mit Verweis auf Urk. 11/12). Für die Zeit vom 7. bis 10. August 2017 habe der Kläger Ferien geplant. Diese vier Tage Ferien hätten als bezogen zu gelten, zumal der Kläger ausserhalb des Arbeitsplatzes bei der Beklagten arbeitsfähig und somit in jedem Fall auch ferienfähig gewesen sei (Urk. 9 Rz 34 S. 11). Der Kläger hielt dem entgegen, er sei in der Zeit vom 7. bis 10. August 2017 generell arbeitsunfähig gewesen. Der Bericht des Vertrauensarztes attestiere ihm erst per 21. August 2017 eine Arbeitsfähigkeit an einem anderen Arbeitsplatz. Entsprechend sei er in der fraglichen Zeit nicht ferienfähig gewesen. Auch sei er nicht in den Ferien gewesen und habe diese entsprechend nicht bezogen (Urk. 22 Rz 51 S. 15). In Bezug auf die Behauptungen des Klägers ist allerdings zu berücksichtigen, dass er im Zusammenhang mit seiner Nebenbeschäftigung ausführte, er sei in Bezug auf die ständige Druckausübung durch die Beklagte arbeitsplatzbezogen psychisch arbeitsunfähig gewesen (vgl. Urk. 22 Rz 32 S. 12). Der Vertrauensarzt, welcher den Kläger am 21. August 2017 untersuchte, stellte in seinem Bericht fest, dass beim Kläger spätestens ab dem 21. August 2017 eine arbeitsplatzbedingte Arbeitsunfähigkeit am angestammten Arbeitsplatz bestehe und der Kläger somit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit an jedem anderen Arbeitsplatz, auch bei einem anderen Arbeitgeber, zu 100% arbeitsfähig wäre. Mit überwiegender Wahrscheinlichkeit habe diese arbeitsplatzbedingte Arbeitsunfähigkeit von Anfang an vorgelegen (Urk. 11/12).

- 28 - Im Rahmen der persönlichen Befragung führte der Kläger auf Nachfrage hin aus, er habe nach der Anmeldung bei der Arbeitslosenkasse drei Einsätze für die D.\_\_\_\_\_ GmbH geleistet. Er sei diesbezüglich von Herrn J.\_\_\_\_\_ kontaktiert worden und habe dann bei diesem nachgefragt, ob das kein Problem sei, dort zu arbeiten, da er arbeitsplatzbezogen krankgeschrieben sei. Herr J.\_\_\_\_\_ habe gesagt, das wäre kein Problem, weshalb er (der Kläger) für die Einsätze vom 5., 6. und 7. September 2017 zugesagt habe (vgl. Urk. 25 S. 10-12). Alsdann bestätigte der Kläger, dass diese Zusage an Herrn J.\_\_\_\_\_ zu einem

Zeitpunkt erfolgt sei, als die fristlose Kündigung noch nicht ausgesprochen gewesen sei. Auch die Frage, ob effektiv davon auszugehen sei, dass eine arbeitsplatzbedingte Arbeitsunfähigkeit vorlag, bejahte der Kläger ohne Weiteres (vgl. Urk. 25 S. 12). Aus der Befragung des Klägers ergibt sich, dass die von ihm umschriebene psychische Arbeitsunfähigkeit bereits am 7. August 2017 bestanden haben musste (vgl. Urk. 25 S. 11). Demnach ist bereits mit dem Bericht des Vertrauensarztes sowie aufgrund der Aussagen des Klägers erstellt, dass auch zwischen dem 7. und 10. August 2017 lediglich eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit vorlag. Insofern hat die Vorinstanz im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung zu Recht auf eine Einvernahme der behandelnden Ärztin resp. Ausstellerin der vom Kläger eingereichten Arztzeugnisse verzichtet (vgl. dazu Urk. 40 E. 5.3.9 S. 25). Eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit zeichnet sich dadurch aus, dass der Arbeitnehmer nur in Bezug auf seine konkrete Stelle an der Arbeit verhindert, im Übrigen aber ganz normal einsatzfähig und auch in seiner privaten Lebensgestaltung (z.B. Freizeit, Hobbys, Mobilität) kaum eingeschränkt ist (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324a/b N 10). Entsprechend ist der Beklagten der Beweis gelungen, dass der Kläger aufgrund der bloss arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit seine geplanten Ferien in der Zeit vom 7. bis 10. August 2017 beziehen konnte. Die bloss Gegenbehauptung des Klägers, er sei dennoch ferienunfähig gewesen und auch nicht in den Ferien gewesen, vermag diesen Beweis nicht zu entkräften.

- 29 - Es ist daher mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die vier Ferientage infolge Bezugs vom Ferienanspruch des Klägers in Abzug zu bringen sind, woraus ein Restguthaben von 1.93 Ferientagen resultiert. Die vorinstanzlichen Erwägungen betreffend Rückforderungsanspruch der Beklagten wurden im Berufungsverfahren nicht beanstandet. Es bleibt daher dabei, dass dem Kläger infolge Verrechnung kein Entschädigungsanspruch aus Ferienguthaben mehr zusteht. Die Berufung erweist sich demnach auch in diesem Punkt als unbegründet. 3. Anpassung des Arbeitszeugnisses

### **E. 3**

Gegen das vorinstanzliche Urteil erhob der Kläger mit Eingabe vom 23. Mai 2019 rechtzeitig (vgl. Urk. 38/1) Berufung mit den obgenannten Anträgen (Urk. 39). Die Berufungsantwort der Beklagten datiert vom 8. Juli 2019 (Urk. 45) und wurde dem Kläger mit Verfügung vom 14. August 2019 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 46). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten nicht.

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz wies das klägerische Begehren um Anpassung des Arbeitszeugnisses ab und erwog dazu zusammengefasst, dass das von der Beklagten ausgestellte Arbeitszeugnis vom 28. September 2017 unter den gegebenen Umständen – insbesondere aufgrund der gerechtfertigten fristlosen Kündigung, der unzähligen gesundheitlichen Ausfälle des Klägers sowie der unzulässigen Ausübung einer Nebenbeschäftigung – wohlwollend formuliert sei (Urk. 40 E. 5.5.2, S. 28 f.).

#### **E. 3.2**

Berufungsweise macht der Kläger diesbezüglich einzig geltend, da sich die fristlose Kündigung durch die Beklagte als unbegründet erweise, sei das Arbeitszeugnis jedenfalls dahingehend anzupassen, dass aus der Datierung nicht auf eine fristlose Entlassung geschlossen werden könne (Urk. 39 Rz 44, S. 15).

### **E. 3.3**

Nachdem die fristlose Kündigung der Beklagten von der Vorinstanz zu Recht als gerechtfertigt qualifiziert wurde (vgl. oben Ziff. 1.6.6) und das Arbeitsverhältnis damit per 23. August 2017 endete (vgl. Urk. 40 E. 5.5.2 S. 28), ist die entsprechende Datierung im Arbeitszeugnis vom 28. September 2017 in keiner Weise zu beanstanden. Die Berufung ist damit auch in diesem Punkt unbegründet. 4. Fazit Alles in allem erweist sich die Berufung des Klägers in allen Punkten als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Bei den beklagischen Rechtsbegehren

- 30 - Ziffer 2 und 3 handelt es sich um Eventualbegehren (vgl. Urk. 45 S. 2). Angesichts des vorliegenden Prozessausgangs erübrigt es sich, auf diese einzugehen. Die Dispositiv-Ziffern 1, 2 (soweit noch nicht in Rechtskraft erwachsen), 3 und 4 des angefochtenen Entscheids sind demnach zu bestätigen. IV. 1. Bei Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis sind bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– keine Kosten zu erheben (Art. 114 lit. c ZPO). Das zweitinstanzliche Verfahren ist daher kostenlos. 2. Ausgangsgemäss ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und Abs. 2 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) auf Fr. 2'100.– festzusetzen (inkl. 7.7% MwSt, vgl. Urk. 45 S. 2). Es wird beschlossen: 1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung und des Urteils des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Meilen vom 4. April 2019 soweit in Rechtskraft erwachsen ist, als dass damit das Widerklagebegehren Ziffer 2 der Beklagten abgewiesen wurde. 2. Auf den Berufungsantrag Ziffer 4 der Beklagten wird nicht eingetreten. 3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

- 31 - Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen und die Dispositiv-Ziffern 1, 2 (soweit noch nicht in Rechtskraft erwachsen), 3 und 4 des Urteils des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Meilen vom 4. April 2019 werden bestätigt. 2. Für das Berufungsverfahren werden keine Gerichtskosten gesprochen. 3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'100.– zu bezahlen. 4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 28'098.80. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

- 32 - Zürich, 17. Oktober 2019 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. L. Hunziker Schnider MLaw V. Stübi versandt am: am

### **E. 4**

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-38). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. II. 1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Mit Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung und des Urteils der Vorinstanz wurde das Widerklagebegehren Ziffer 2 der Beklagten betreffend Zusprechung von Fr. 123.50 abgewiesen; auf das Rechtsbegehren Ziffer 5 der Beklagten betreffend Arbeitszeugnis wurde nicht eingetreten (vgl. Urk. 40 E. 5.6.1 - 5.6.2 und E. 5.8 S. 29 f. und Dispositiv-Ziffer 2). Die Abweisung des beklagtischen Rechtsbegehrens Ziffer 2 blieb im Berufungsverfahren unangefochten (vgl. Urk. 45 S. 2). Daher ist die Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung und des Urteils der Vorinstanz soweit in Rechtskraft erwachsen, als dass damit das Wiederklagebegehren Ziffer 2 der Beklagten abgewiesen wurde. Dies ist vorzumerken. Auf den im Berufungsverfahren erneut gestellten Antrag betreffend Arbeitszeugnis (Berufungsantrag Ziffer 4 der Beklagten, vgl. Urk. 45 S. 2) ist mangels Begründung (vgl. Urk. 45 S. 2 ff.) nicht einzutreten.

- 7 -

#### **E. 7**

bis 10. August 2017 habe der Kläger Ferien eingeplant. Zu dieser Zeit sei er gemäss Arztzeugnis vom 31. Juli 2017 arbeitsunfähig gewesen. Entsprechend stelle sich der Kläger auf den Standpunkt, die eingereichten Arztzeugnisse würden ihm eine durchgehende Arbeitsunfähigkeit (und somit auch Ferienunfähigkeit) vom 21. Juli 2017 bis 31. Oktober 2017 attestieren; mithin sei

- 25 - es ihm aufgrund seiner gesundheitlichen Beschwerden während dieser Zeit nicht möglich gewesen, Ferien zu beziehen. Allerdings vermöge der Kläger – so die Vorinstanz weiter – mit den von ihm angerufenen Arztzeugnissen den Nachweis der "Ferienunfähigkeit" nicht zu erbringen, zumal ihm diese durchwegs ausschliesslich eine Arbeitsunfähigkeit attestierten, welche mit Ferienunfähigkeit nicht gleichzusetzen sei. Ferner sei erstellt und vom Kläger im Rahmen seiner persönlichen Befragung anerkannt worden, dass er im fraglichen Zeitraum "lediglich" arbeitsplatzbezogen arbeitsunfähig gewesen sei. Eine Arbeitsverhinderung müsse vor diesem Hintergrund nicht in jedem Fall auch eine "Ferienverhinderung" bedeuten; entscheidend sei vielmehr, ob der Erholungswert der Ferien durch den Verhinderungsgrund in nicht mehr leichtzunehmender Weise beeinträchtigt worden sei. Diesbezüglich lasse der Kläger substantiierte Ausführungen vermissen, beschränke er sich doch darauf, Arbeitsunfähigkeit mit Ferienunfähigkeit gleichzusetzen. Hinzu komme, dass der Kläger während seiner Krankschreibungen offensichtlich Arbeit an anderen Arbeitsstellen geleistet bzw. zu leisten beabsichtigt habe. Vor diesem Hintergrund sei nicht ersichtlich, weshalb der Kläger – trotz grundsätzlicher Arbeitsfähigkeit – zwischen dem 7. und

#### **E. 10**

August 2017 nicht auch seine geplanten Ferien hätte beziehen können. Entsprechend seien diese vier Ferientage infolge Bezugs von seinem Ferienanspruch abzuziehen, womit sich sein Ferienguthaben auf 1.93 Arbeitstage reduziere. Stelle man dieses Ferienguthaben dem Rückforderungsanspruch der Beklagten aus zu viel bezahltem Lohn für den Monat August 2017 gegenüber, so sei offensichtlich, dass ihm unter dem Titel Ferienguthaben nichts mehr zustehe (vgl. zum Ganzen Urk. 40 E. 5.3.3-5.3.10 S. 22 ff.).

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