

# ZH\_OBERGERICHT LA220002 vom 13. Oktober 2022

ZH Obergericht, 2022-10-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LA220002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LA220002)

FR: ZH\_OBERGERICHT LA220002 du 13 octobre 2022

IT: ZH\_OBERGERICHT LA220002 del 13 ottobre 2022

## Erwägungen

### E. 1

Bei der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte) handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, die zur Hauptsache den Betrieb, die Führung und die Verwaltung von Gastronomiebetrieben bezweckt. Der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) ist Koch. Er arbeitete zunächst im Stundenlohn und ab dem 1. Februar 2020 mit einem Vollzeitpensum in unbefristeter Anstellung im von der Beklagten betriebenen Restaurant C.\_\_\_\_\_. Vereinbart wurde – ab April 2020 – ein Bruttolohn von monatlich Fr. 4'800.– zuzüglich Anteil 13. Monats- lohn (vgl. Urk. 5/1). Am 13. und 15. Juni 2020 kam der Kläger nicht zur Arbeit. Dies veranlasste die Beklagte, ihn mit Einschreiben vom 15. Juni 2020 schriftlich zu verwarnen. Der Kläger reagierte darauf nicht. In der Folge löste die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos auf.

### E. 1.1

Der Kläger stellt sich berufsungsweise – wie bereits vor Vorinstanz – auf den Standpunkt, die Beklagte sei an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung nicht

- 8 - rechtsgültig vertreten und daher säumig gewesen. Folglich hätte die Vorinstanz ihrem Entscheid allein die Akten sowie die – unbestritten gebliebenen – Vorbrin- gen des Klägers zugrunde legen dürfen (Urk. 15 S. 4 ff.).

### E. 1.2

Dieser Rüge liegt der folgende Sachverhalt zugrunde: An die Hauptverhand- lung vom 14. September 2021 entsandte die Beklagte D.\_\_\_\_\_, Mitglied ihres Verwaltungsrates mit Kollektivunterschrift zu zweien. Allerdings unterliess sie es vorgängig, ihn, entsprechend dem Hinweis in der Vorladung, mit einer einzel- zeichnungsberechtigenden Vollmacht im Sinne von Art. 68 Abs. 3 ZPO auszustat- ten (Prot. I S. 3). Nachdem es D.\_\_\_\_\_ zu Beginn der Hauptverhandlung nicht sogleich gelungen war, das Versäumnis nachzuholen, setzte ihm die Vorderrich- terin hierzu eine Nachfrist (Prot. I S. 4). Im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung liess D.\_\_\_\_\_ der Vorinstanz eine per E-Mail erteilte Vollmacht von E.\_\_\_\_\_, Mit- glied des Verwaltungsrates der Beklagten mit Kollektivunterschrift zu zweien, zu- kommen (Prot. I S. 4; Urk. 9). Nachdem der Kläger die fehlende Unterschrift der Bevollmächtigung kritisiert hatte, legte D.\_\_\_\_\_ eine zweite per E-Mail erteilte Vollmacht ins Recht, unterzeichnet von F.\_\_\_\_\_, ebenfalls Mitglied des Verwal- tungsrates der Beklagten mit Kollektivunterschrift zu zweien (Prot. I S. 9; Urk. 12). 2. Die Vorinstanz ging entgegen dem Kläger von einer rechtsgültigen Prozess- vertretung durch D.\_\_\_\_\_ aus und verneinte folglich eine Säumnis der Beklagten an der Hauptverhandlung. D.\_\_\_\_\_ habe im Rahmen der Hauptverhandlung eine unterzeichnete Vollmacht eines ebenfalls kollektiv zu zweien zeichnungsberech- tigten Mitglieds des Verwaltungsrates der Beklagten vorgelegt und seine Vertre- tungsbefugnis damit ausgewiesen (Urk. 16 S. 5). 3. Dagegen

bringt der Kläger berufsungsweise im Wesentlichen was folgt vor: D. \_\_\_\_\_ sei trotz ausdrücklichem Hinweis in der Vorladung ohne rechtsgenügende Vollmacht der Beklagten an der Hauptverhandlung erschienen. Zwar sei nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz ihm zu Beginn der Hauptverhandlung die Möglichkeit gegeben habe, umgehend eine Vollmacht nachzureichen. Nachdem ihm dies aber nicht gelungen sei, hätte die Vorinstanz spätestens um 13:45 Uhr feststellen müssen, dass für die Beklagte niemand erschienen sei, und nach Einreichen der klägerischen Plädoyernotizen die Verhandlung beenden und auf

- 9 - Grundlage der Akten und Vorbringen der anwesenden Partei entscheiden müssen. Da die Vorinstanz D. \_\_\_\_\_ aber mehrfach eine Nachfrist angesetzt habe, um seine Bevollmächtigung auszuweisen, habe sie Art. 147 Abs. 1 ZPO verletzt. Das Vorgehen finde keine gesetzliche Grundlage und entspreche auch nicht dem Willen des Gesetzgebers, welcher explizit festhalte, dass Ausnahmen sofortiger Säumnisfolgen gesetzlich vorgesehen sein müssten. Vorliegend nicht einschlägig sei Art. 132 ZPO, zumal sich diese Bestimmung auf alle Rechtsschriften und sonstigen Eingaben der Parteien und nicht die Anwesenheit an einer Hauptverhandlung beziehe. Erst um 14:15 Uhr und somit nach über fünfundvierzig Minuten seit Beginn der Hauptverhandlung habe D. \_\_\_\_\_ auf seinem Mobiltelefon die E-Mail bzw. Bevollmächtigung von E. \_\_\_\_\_ vorweisen können. Diese Vollmacht sei aber weder unterzeichnet gewesen noch habe sie beim Gericht eingereicht werden können. Spätestens zu diesem Zeitpunkt hätte die Einzelrichterin feststellen müssen, dass der Mangel auch innert Nachfrist nicht verbessert worden sei. Stattdessen habe sie die Verhandlung fortgesetzt. Eine unterschriebene Vollmacht habe D. \_\_\_\_\_ erst nach erneutem Verhandlungsunterbruch per E-Mail beim Gericht einreichen können (Urk. 15 S. 6 ff.).

## **E. 2**

Mit Eingabe vom 10. Mai 2021 und unter Einreichung der Klagebewilligung des Friedensrichteramts der Stadt Zürich, Kreise ... und ..., vom 10. Februar 2021 machte der Kläger beim Arbeitsgericht Zürich (fortan Vorinstanz) gegen die Beklagte eine Forderungsklage mit dem vorstehend wiedergegebenen Rechtsbehelfen anhängig (Urk. 1 und 3). Am 14. September 2021 fand die Hauptverhandlung statt, in der die Parteien ihre Parteivorträge erstatteten und ihr Replikrecht ausübten (Prot. I S. 3 ff. und Urk. 8). Nach Scheitern der Vergleichsgespräche fällte die Vorinstanz am 6. Dezember 2021 den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 13A = Urk. 16).

### **E. 2.1**

Diesbezüglich gelangte die Vorinstanz zur Auffassung, der Kläger sei ab dem 17. Juni 2020 trotz entsprechender Aufforderung und Verwarnung mit Androhung der fristlosen Kündigung unentschuldigt nicht zur Arbeit erschienen und habe sich bis am 3. Juli 2020 nicht bei der Beklagten gemeldet. Dieses Verhalten sei als wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR zu qualifizieren, womit die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte gerechtfertigt gewesen sei (Urk. 16 S. 13).

### **E. 2.2**

Dagegen bringt der Kläger berufsungsweise im Wesentlichen vor, er habe sich am 13. Juni 2020 und somit am ersten Tag seiner krankheitsbedingten Abwesenheit beim Küchenchef per WhatsApp krankgemeldet und sei damit seiner aus der arbeitsrechtlichen Treuepflicht abgeleiteten Informationspflicht nachgekommen (Urk. 15 S. 13 f.). Aufgrund seiner

Krankheit sei es ihm sodann nicht zumutbar gewesen, weitergehende Abmeldungen – insbesondere bei D.\_\_\_\_\_ persönlich – zu tätigen (Urk. 15 S. 14).

### **E. 2.3**

Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, der wichtige Grund habe vorliegend in einer schweren Vertragsverletzung des Klägers bestanden – sie habe nichts vom Verbleib des Klägers gewusst und dieser habe auf entsprechende Nachfrage nicht geantwortet bzw. das Gespräch verweigert (Urk. 22 S. 4 f.).

### **E. 3**

Gegen dieses Urteil erhob der Kläger mit Eingabe vom 21. Januar 2022 Berufung mit den eingangs zitierten Anträgen (Urk. 15). Mit Verfügung vom 4. April 2022 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 21). Die fristgerecht erstattete Berufungsantwort datiert vom 20. Mai 2022 (Urk. 22). Sie wurde dem Kläger mit Verfügung vom 30. Mai 2022 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 26). Weitere Eingaben sind nicht erfolgt.

- 6 -

### **E. 3.1**

Nach Art. 337 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach

- 12 - Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen, darf aber in keinem Fall die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung als wichtigen Grund anerkennen (Abs. 3). Nach der Rechtsprechung zu Art. 337 OR ist eine fristlose Entlassung durch den Arbeitgeber nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Das Verhalten des Arbeitnehmers muss einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zumutbar ist, und andererseits auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen des Arbeitnehmers weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein. Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab (BGE 142 III 579 E. 4.2; BGE 129 III 380 E. 2.1, m.w.H.). Der Arbeitgeber kann die fristlose Entlassung auch im Falle einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers aussprechen, kann doch das Arbeitsverhältnis gestützt auf Art. 337 Abs. 1 OR aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos aufgelöst werden. Nach Art. 337 Abs. 3 OR darf das Gericht aber in keinem Fall die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung als wichtigen Grund für die fristlose Entlassung anerkennen. Mit dem Begriff der unverschuldeten Verhinderung wird auf Art. 324a OR verwiesen, der unter anderem Krankheit des Arbeitnehmers als Grund für ein berechtigtes Fernbleiben von der Arbeit nennt. Ob im Zeitpunkt der Entlassung eine solche Verhinderung vorliegt, beurteilt sich einzig aufgrund der tatsächlichen Situation des Arbeitnehmers. Un-erheblich ist, ob der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Entlassung um die

Verhinderung des Arbeitnehmers wusste (BGer 8C\_417/2011 vom 3. September 2012, E. 4.3).

### **E. 3.2**

Die allgemeine Treuepflicht nach Art. 321a Abs. 1 OR beinhaltet eine Auskunfts- und Mitteilungspflicht des Arbeitnehmers betreffend Arbeit und Betrieb. Der Arbeitnehmer muss dem Arbeitgeber über alle wesentlichen Aspekte seiner

- 13 - Arbeitstätigkeit wahrheitsgetreu, vollständig, rechtzeitig und von sich aus berichten. Vorhersehbare Absenzen hat er möglichst frühzeitig und unvorhersehbare Absenzen umgehend zu melden. Bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit ist er dazu verpflichtet, den Arbeitgeber rasch, kontinuierlich und vollständig über das Vorliegen, den Grad und die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit zu informieren (BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321a N 12, m.w.H.). Eine ähnlich lautende Regelung enthält sodann der vom Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsvertrag für das Gastgewerbe: Nach Art. 31 Abs. 1 L-GAV hat der Mitarbeiter den Arbeitgeber bei Verhinderung an der Arbeitsleistung umgehend zu benachrichtigen. Gestützt auf Art. 26 Abs. 1 L-GAV ist der Mitarbeiter überdies verpflichtet, bei Arbeitsverhinderungen ab dem 4. Tag ein ärztliches Zeugnis vorzulegen sowie dieses Zeugnis dem Arbeitgeber innert Wochenfrist nach Ausstellung zuzustellen. Kommt der Arbeitgeber dieser aus der allgemeinen Treuepflicht fließenden Informationspflicht nicht nach, kann dies einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR darstellen (vgl. BGer 4A\_521/2016 vom 1. Dezember 2017, E. 3.5).

4. Vorliegend zu beurteilen ist der folgende – insoweit unbestrittene – Sachverhalt (vgl. Urk. 8 S. 2 ff. und Prot. I S. 5 ff.): Nachdem der Kläger am 12. Juni 2020 noch zur Arbeit erschienen war, blieb er tags darauf, am 13. Juni 2020, der Arbeit fern und liess dem Küchenchef diesbezüglich eine Sprachnachricht zukommen (Urk. 8 S. 3; Prot. I S. 5). Als der Kläger auch am Morgen des 15. Juni 2020 nicht zur Arbeit kam, erkundigte sich D.\_\_\_\_\_ per WhatsApp nach seinem Verbleib (Urk. 11/2/6). Der Kläger reagierte auf diese Nachricht nicht. Am Abend des 15. Juni 2020 sprach die Beklagte eine schriftliche Verwarnung gegen den Kläger aus (Urk. 11/1). Darin stellte sie fest, dass der Kläger sowohl am 13. als auch am 15. Juni 2020 unentschuldigt nicht zur Arbeit erschienen war, forderte den Kläger auf, seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ab sofort ordnungsgemäss zu erfüllen, und drohte ihm an, bei der nächsten schwerwiegenden Verfehlung den Arbeitsvertrag fristlos zu kündigen. Die Verwarnung liess sie dem Kläger sowohl mittels eingeschriebenem Brief (Urk. 11/1 und Urk. 11/7) als auch per SMS (Urk. 11/2/5) und WhatsApp-Nachricht (Urk. 11/2/6) zukommen. Auch darauf reagierte der Kläger nicht. Das Einschreiben holte er nicht ab (vgl. Urk. 11/1). In

- 14 - der Folge kam es bis Anfang Juli 2020 zu keinem Kontakt mehr zwischen den Parteien. Am 1. Juli 2020 kontaktierte D.\_\_\_\_\_ den Kläger per WhatsApp und schrieb ihm u.a. was folgt: "Hallo A.\_\_\_\_\_! Nachdem wir seit 15. Juni 2020 keine Nachricht von Dir haben, hast Du die fristlose Kündigung vom 15. Juni 2020 akzeptiert. Hiermit ist Dein Arbeitsvertrag per 17. Juni 2020 fristlos gekündigt." (Urk. 11/2/9). Daraufhin meldete sich der Kläger am 3. Juli 2020 bei D.\_\_\_\_\_ und entschuldigte sich bei ihm (Urk. 11/2/10). Tags darauf, am 4. Juli 2020, liess er ihm ein an demselben Tag erwirktes Arztzeugnis zukommen, welches ihm rückwirkend eine Arbeitsunfähigkeit ab dem 13. Juni 2020 bis zum 8. Juli 2020 attestiert (Urk. 11/2/11; Urk. 11/3).

5.1 Ob der Kläger seiner aus der arbeitsrechtlichen Treuepflicht fließenden Informationspflicht am 13. Juni 2020 nachgekommen ist, indem er dem Küchenchef eine Sprachnachricht zusandte, kann

vorliegend offenbleiben. Zum näheren Inhalt dieser Sprachnachricht schweigt sich der Kläger jedenfalls aus, und es ist daher nicht dargetan, dass er darin eine über den 13. Juni 2020 hinausgehende Arbeitsunfähigkeit mitgeteilt oder seine Arbeitgeberin darauf hingewiesen hätte, dass er voraussichtlich in den kommenden Wochen krankheitsbedingt nicht erreichbar sein werde. 5.2 Spätestens am Morgen des 15. Juni 2020, als sich D.\_\_\_\_\_ nach seinem Verbleib erkundigte, hätte dem Kläger bewusst werden müssen, dass die Beklagte nur unzureichend über seine krankheitsbedingte Arbeitsverhinderung informiert war und daher weitergehende Informationen seinerseits erwartete. Eine Reaktion des Klägers blieb jedoch aus. Statt seiner Informationspflicht in rechtsgenügender Weise nachzukommen, liess der Kläger seine Arbeitgeberin bis am 3. Juli 2020 im Dunkeln über seinen Verbleib sowie seine fortwährende krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit. So vergingen denn auch bis zum Ausspruch der fristlosen Kündigung am 1. Juli 2020 rund zweieinhalb Wochen, während derer sich der Kläger weder bei der Beklagten meldete noch auf ihre Kontaktversuche reagierte. Dieses Verhalten des Klägers ist als schwerwiegende Verletzung der Treuepflicht im Sinne von Art. 321a Abs. 1 OR zu qualifizieren und stellt überdies einen wich-

- 15 - tigen Grund im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR dar, war doch der Beklagten unter diesen Umständen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar. Daran ändert nichts, dass, entgegen der Ansicht der Vorinstanz, davon auszugehen ist, dass ab dem 13. Juni 2020 tatsächlich eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Klägers vorgelegen hat (vgl. unten, Ziffer III.B.7). 5.3 Der Kläger stellt sich berufsweise auf den Standpunkt, es sei ihm aufgrund seiner Krankheit nicht zumutbar gewesen, weitere Abmeldungen zu tätigen. Vor erster Instanz machte er dies aber gerade nicht geltend und liess diesbezüglich lediglich pauschal ausführen, er sei nach der Abmeldung beim Küchenchef am 13. Juni 2020 so überlastet gewesen, dass er in der Folge sein Handy ausgeschaltet und sich nicht mehr aus der Wohnung getraut habe. Aufgrund des erlittenen Burnouts sei er in den folgenden Tagen zu Hause geblieben und habe in dieser Zeit nichts von der Beklagten gehört und insbesondere keine Post von ihr erhalten (Urk. 8 S. 3 f.). Dass er aber aufgrund seiner Krankheit oder aus anderen Gründen nicht in der Lage oder es ihm unzumutbar gewesen wäre, mit seiner Arbeitgeberin zu kommunizieren und ihr die Arbeitsunfähigkeit mitzuteilen, brachte er nicht vor. Da im Berufungsverfahren neue Vorbringen nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig sind und der Kläger ohne Weiteres bereits vor Vorinstanz hätte vorbringen können, dass er durch seine Krankheit daran gehindert war, Kontakt mit seiner Arbeitgeberin aufzunehmen, ist das Vorbringen verspätet, weshalb sich diesbezügliche Weiterungen erübrigen. 5.4 Entgegen der Auffassung des Klägers lag somit, wie dies die Vorinstanz zutreffend annahm, ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR vor, welcher die fristlose Entlassung rechtfertigte. Dies muss umso mehr gelten, als dass die Beklagte die fristlose Kündigung nicht sogleich aussprach, sondern den Kläger vorgängig mit Einschreiben vom 15. Juni 2020 schriftlich verwarnte, ihn zur Arbeit aufforderte und die fristlose Kündigung für den Wiederholungsfall androhte. Die schriftliche Verwarnung gelangte unzweifelhaft und unbestritten in den Machtbereich des Klägers. Dass er aufgrund seiner Krankheit oder aus anderen Gründen nicht in der Lage oder es ihm unzumutbar gewesen wäre, von der Verwarnung tatsächlich Kenntnis zu nehmen und darauf zu reagieren, macht der

- 16 - Kläger wiederum nicht geltend. Die Beklagte wartete nach Ausspruch der Verwarnung zu, bis sie das Arbeitsverhältnis, nachdem sie über zwei Wochen nichts vom

Kläger gehört hatte, fristlos auflöste. Dass die Beklagte den Kläger nicht aufgrund einer Informationspflichtverletzung verwarnte, sondern das unentschuldigte Fernbleiben von der Arbeit beanstandete, kann ihr mit Blick darauf, dass ihr der Kläger erst am 4. Juli 2020 ein Arztzeugnis zukommen liess, nicht zum Nachteil gereichen.

#### **E. 4**

Die Beklagte hält dem entgegen, sie sei pünktlich und in der Person von D.\_\_\_\_\_ persönlich zur Hauptverhandlung erschienen. D.\_\_\_\_\_ sei zudem bevollmächtigt gewesen und vom restlichen Verwaltungsrat auch gehörig instruiert und ermächtigt worden. Die fehlende Schriftlichkeit dieser Vollmacht sei innert angesetzter Frist nachgereicht worden. Der Vorwurf des Klägers sei zudem vor dem Hintergrund, dass er selbst ebendieser Verhandlung unentschuldigt ferngeblieben sei, absurd (Urk. 22 S. 2 ff.). 5.1 Die Zivilprozessordnung enthält keine explizite Regelung, wie das Gericht vorzugehen hat, wenn der Prozessvertreter im vereinfachten Verfahren bei un begründeter Klage zu Beginn der Hauptverhandlung keine rechtsgenügende Vollmacht vorweisen kann. In der Lehre wird die Meinung vertreten, für mündlich vorgenommene Prozesshandlungen müsse dasselbe wie für schriftliche Eingaben gelten (KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 68 N 4). Art. 132 Abs. 1 ZPO wäre demnach analog anzuwenden, und das Gericht hätte – wie dies die Vorinstanz tat – eine Nach-

- 10 - frist zur Verbesserung des Mangels anzusetzen. Auch wenn man nun aber eine analoge Anwendung von Art. 132 Abs. 1 ZPO verneinte, wie dies der Kläger tut, so haben die der Zivilprozessordnung immanenten allgemeinen Prozessgrundsätze Beachtung zu finden, so insbesondere der Grundsatz von Treu und Glauben, das Rechtsmissbrauchsverbot, das Verhältnismässigkeitsprinzip sowie das aus Art. 29 Abs. 1 BV fliessende Verbot des überspitzten Formalismus. Letzteres wendet sich gegen eine prozessuale Formenstrenge, die als exzessiv erscheint, durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert (BGE 128 II 139 E. 2a). Es hat vorliegend insofern besondere Bedeutung, als dass das vereinfachte Verfahren bewusst laientauglich ausgestaltet ist, was einer übermässigen Formenstrenge – insbesondere gegen die vor Vorinstanz nicht anwaltlich vertretene Beklagte – entgegensteht. 5.2 Daraus folgt, dass die Vorinstanz der Beklagten zu Recht eine Nachfrist einräumte, um den verbesserungsfähigen Mangel zu beheben. Dies muss umso mehr in der vorliegenden Konstellation gelten: Bei D.\_\_\_\_\_ handelt es sich nicht nur um ein Mitglied des Verwaltungsrates der Beklagten, sondern auch um den ehemaligen Vorgesetzten des Klägers, welcher in eigener Person unmittelbar mit der vorliegenden Streitsache befasst war. Dass die Beklagte D.\_\_\_\_\_ als Prozessvertreter delegieren würde, dürften sowohl die Vorinstanz als auch der Kläger erwartet haben. Bei dieser Sachlage gleich zu verfahren wie bei gänzlicher Abwesenheit der Beklagten, sie mithin nach Ablauf von praxisgemäss fünfzehn Minuten als säumig im Sinne von Art. 147 Abs. 1 ZPO zu erklären, widerspräche den dargelegten Prozessmaximen in eklatanter Weise. 5.3 Wird eine Nachfrist angesetzt, muss diese angemessen sein, mithin den Adressaten in die Lage versetzen, das Versäumnis zu beheben. Nach Beginn der Hauptverhandlung bzw. nachdem er auf die unzureichend ausgewiesene Bevollmächtigung hingewiesen worden war, setzte D.\_\_\_\_\_ alles daran, um alsbald seine Vertretungsbefugnis im Sinne von Art. 68 Abs. 3 ZPO nachweisen zu können. Dies gelang ihm noch während laufender Hauptverhandlung (vgl. Urk. 9 und 12) und damit innert angemessener Frist.

## **E. 6**

Betreffend Zeitpunkt der fristlosen Kündigung erwog die Vorinstanz, mit der WhatsApp-Nachricht vom 1. Juli 2020 habe die Beklagte erstmals unmissverständlich den Willen zur fristlosen Auflösung des Arbeitsvertrages gegenüber dem Kläger zum Ausdruck gebracht. Diese Nachricht sei ihm unbestritten zugegangen. Das Arbeitsverhältnis habe somit am 1. Juli 2020 geendet (Urk. 16 S. 13; vgl. Urk. 11/2/9). Diese Beurteilung der Vorinstanz wurde von keiner der Parteien beanstandet. Es ist daher von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 1. Juli 2020 auszugehen. Dies, zumal eine fristlose Kündigung nicht auf einen vergangenen Zeitpunkt hin ausgesprochen werden kann, sondern das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt des Zugangs der fristlosen Entlassung beim Kündigungsempfänger endet (BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 337 N 6).

## **E. 7**

Zu prüfen ist im Folgenden, ob der Kläger im Sinne von Art. 324a Abs. 1 OR ab dem 13. Juni 2020 wegen Krankheit ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert war.

### **E. 7.1**

Die Vorinstanz erachtete eine Krankheit des Klägers im vorliegend relevanten Zeitraum als nicht erstellt. Dies, da sie dem vom Kläger eingereichten Arztzeugnis vom 4. Juli 2020 – welches die Beklagte in Zweifel ziehe – die Beweiskraft absprach (Urk. 16 S. 12 f.). Dagegen bringt der Kläger berufsungsweise vor, die Beklagte habe vor Vorinstanz nicht bestritten, dass er ab dem 13. Juni 2020 krank und bis auf Weiteres 100% arbeitsunfähig gewesen sei. Sie habe lediglich behauptet, keine Kenntnis von seiner Krankheit gehabt zu haben. Die Frage des rechtsgenügenden Beweises stelle sich daher gar nicht, und die Vorinstanz hätte diese Tatsache dem Urteil als wahr zugrunde legen müssen. Des Weiteren liege nicht nur das Arbeitsunfähigkeitszeugnis vom 4. Juli 2020 im Recht, sondern eine ausführliche medizinische Dokumentation, welche nachvollziehbar und schlüssig ein Burnout im fraglichen Zeitpunkt diagnostiziere. Vor diesem Hintergrund seien begründete Zweifel an der Richtigkeit der attestierten Arbeitsunfähigkeit nicht ersichtlich (Urk. 15 S. 10 f.).

### **E. 7.2**

Die Beweislast für eine Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit trägt nach der allgemeinen Regel gemäss Art. 8 ZGB derjenige, der aus dem Vorhandensein der behaupteten Tatsache Rechte ableitet, also grundsätzlich – wie vorliegend auch – der Arbeitnehmer. Der Beweis wird üblicherweise durch Vorlage eines Arztzeugnisses erbracht. Einem solchen kommt jedoch kein absoluter Beweiswert zu. Der Richter kann sich über den Befund des Arztzeugnisses hinwegsetzen, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass eine effektive Arbeitsunfähigkeit nicht bestanden hat. Nicht beweisbildend sind grundsätzlich Arztzeugnisse, die sich allein auf die Patientenschilderung abstützen und ohne eigene objektive Feststellungen abgeben oder erst Monate später ausgestellt werden (STREIFF/ VON KAENEL/ RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, Art. 324a/b N 12).

### **E. 7.3**

Nachdem die Beklagte am 1. Juli 2020 die fristlose Kündigung ausgesprochen hatte, meldete sich der Kläger am 3. Juli 2020 bei D. \_\_\_\_\_ und sandte ihm am darauffolgenden Tag, dem 4. Juli 2020, ein am gleichen Tag erwirktes Arztzeugnis zu (Urk. 11/2/10 f.). Dieses attestiert dem Kläger rückwirkend ab dem 13. Juni 2020 bis zum 8. Juli 2020 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 5/4). Bei isolierter Betrachtung dieser Sachlage käme man nicht umhin, das infrage stehende Arztzeugnis als Reaktion auf die fristlose Kündigung zu werten, und es müsste ihm, wie dies die Vorinstanz tat, jeglicher Beweiswert abgesprochen werden. Allerdings beruft sich der Kläger zum Beweis seiner Arbeitsunfähigkeit ab dem 13. Juni 2020 nicht nur auf das Arztzeugnis vom 4. Juli 2020. Der Kläger legt erstens diverse weitere Arztzeugnisse ins Recht, welche ihm mehr oder weniger lückenlos eine vollständige Arbeitsunfähigkeit bis Ende März 2021 bescheinigen (Urk. 5/4). Gründe für Zweifel an der Richtigkeit dieser Arztzeugnisse sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht vorgebracht. Zweitens geht aus dem vom Kläger eingereichten Bericht des ärztlichen Leiters des Ambulanten Zentrums Zürich der G. \_\_\_\_\_ [Klinik] vom 7. August 2020 hervor, dass ihm die psychiatrischen Di-

- 18 - agnososen einer Anpassungsstörung mit verlängerter depressiver Reaktion sowie eines Erschöpfungssyndroms gestellt wurden (Urk. 5/5). Vor diesem Hintergrund ist eine Arbeitsunfähigkeit des Klägers ab dem 13. Juni 2020 entgegen der Vorinstanz als erwiesen zu erachten, ist doch schwer vorstellbar, dass der Kläger zwar ab dem 4. Juli 2020 für über neun Monate aufgrund des erlittenen Burnouts erwiesenermassen arbeitsunfähig war, nicht aber ab dem 13. Juni 2020, als er plötzlich der Arbeit fernblieb. Auch wenn nun aber dieser Einschätzung nicht gefolgt würde, so ist dem Kläger beizupflichten: Die Beklagte hat die Richtigkeit des Arztzeugnisses vom 4. Juli 2020 bzw. überhaupt eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Klägers ab dem 13. Juni 2020 vor Vorinstanz nicht rechtsgenügend bestritten.

#### **E. 7.4**

Nach dem Gesagten ist ab dem 13. Juni 2020 von einer krankheitsbedingten, unverschuldeten Verhinderung des Klägers an der Arbeitsleistung auszugehen. Der Kläger hat daher gestützt auf Art. 324a OR bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf Lohnfortzahlung. Die Höhe dieses Anspruches ist in der Folge zu prüfen. 8.1 Der Kläger bringt vor, die Beklagte habe ihm den Lohn noch bis Mitte Juni 2020 ausbezahlt (Urk. 8 S. 7; Urk. 15 S. 16). Die Beklagte bestreitet dieses Vorbringen letztlich nicht (vgl. Prot. I S. 10 und 14; Urk. 22 S. 6). Aus der vom Kläger eingereichten Lohnabrechnung für den Monat Juni 2020 ist ersichtlich, dass die Beklagte den Lohn bis und mit dem 16. Juni 2020 abgerechnet hat (Urk. 5/3/2 [Kürzung des Bruttomonatslohnes von Fr. 4'800.– um 14/30 auf Fr. 2'560.–]). Es ist daher von einem ausstehenden Lohnanspruch des Klägers ab dem 17. Juni 2020 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 1. Juli 2020 auszugehen, was einem halben Monatslohn entspricht. 8.2 Der Kläger geht, gerechnet auf einen halben Monat, von einem Bruttolohnanspruch in Höhe von Fr. 2'073.20 (Bruttolohn von Fr. 4'800.– zzgl. Anteil 13. Monatslohn von Fr. 383.35, mithin rund Fr. 5'183.– x 0.5 Monate x 80%) aus (Urk. 8 S. 7 f.; Urk. 15 S. 15 f.). Die Beklagte äusserte sich weder vor Vorinstanz noch im Berufungsverfahren zu dieser Berechnung, sondern beschränkte sich darauf, jeglichen Anspruch des Klägers zu bestreiten (vgl. Prot. I S. 14; Urk. 22

- 19 - S. 6 f.). Es ist daher grundsätzlich von der klägerischen Darstellung auszugehen, wobei aber richtigerweise bei einem Bruttolohn von nicht mehr Fr. 4'600.–, sondern seit April 2020 von Fr. 4'800.– mit einem Anteil 13. Monatslohn von Fr. 400.– zu rechnen ist.

Der ausstehende Lohnanteil beträgt somit brutto Fr. 2'080.– (Brutto von Fr. 4'800.– zuzgl. Anteil 13. Monatslohn von Fr. 400.–, mithin Fr. 5'200.– x 0.5 Monate x 80%). 8.3 Der Auszahlungsanspruch des Klägers beschränkt sich allerdings auf den Nettobetrag. Vom ausstehenden Lohnanteil in Höhe von brutto Fr. 2'080.– sind daher die darauf zu leistenden Sozialversicherungsbeiträge sowie gegebenenfalls Beiträge an die berufliche Vorsorge und weitere Lohnabzüge in Abzug zu bringen. Dies ist von Amtes wegen zu beachten.

Behauptungen zur Höhe der Abzüge wurden nicht vorgetragen. Deren Gesamtsumme lässt sich mangels Notorietät auch nicht bestimmen. Überdies ist unklar, ob die Beklagte selbst für den Krankenlohn aufkommt oder aber eine Krankentaggeldversicherung – im letzteren Fall entfielen jedenfalls die AHV-/IV-/EO- und ALV-Beiträge, da Versicherungsleistungen bei Krankheit grundsätzlich nicht zum massgebenden Lohn im Sinne des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung gehören (Art. 5 Abs. 4 AHVG i.V.m. Art. 6 Abs. 2 lit. b AHVV). Das schadet dem Kläger jedoch nicht, erachten es Lehre und Rechtsprechung doch als möglich und zulässig, dem Arbeitnehmer im gerichtlichen Erkenntnis einen Bruttobetrag zuzusprechen (vgl. ZR 117/2018 Nr. 63 E. 3.3, m.w.H.). 8.4 Nach dem Gesagten sind dem Kläger Fr. 2'080.– brutto zuzusprechen, unter ausdrücklichem Hinweis auf die Reduktion im Umfang der von der Beklagten zu leistenden Lohnabzüge (vgl. zur Vollstreckung dieser Forderung ZR 117/2018 Nr. 63).

## **E. 9**

Der Kläger macht auf seiner Forderung einen Verzugszins von 5% ab dem 17. Juni 2020 geltend (Urk. 8 S. 1; Urk. 15 S. 2). Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses werden alle Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis fällig (Art. 339 Abs. 1 OR). Sodann bestimmt Art. 14 Abs. 3 L-GAV, dass dem Mitarbeiter am letzten Tag des Arbeitsverhältnisses sämtliche Lohnguthaben auszuhändigen sind. Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung des

- 20 - Gläubigers in Verzug gesetzt, vorbehaltlich des Bestehens eines bestimmten Verfalltages (Verabredung oder Kündigung; Art. 102 OR). Endet also das Arbeitsverhältnis wie vorliegend infolge Kündigung, ist zum Eintritt des Verzugs keine Mahnung erforderlich (BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 339 N 1). Nach dem Gesagten schuldet die Beklagte dem Kläger, ausgehend von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 1. Juli 2020, Verzugszinsen auf die ausstehende Lohnforderung ab dem 2. Juli 2020.

## **E. 10**

In teilweiser Gutheissung der Berufung ist die Beklagte somit zu verpflichten, dem Kläger Fr. 2'080.– brutto nebst Zins zu 5% seit 2. Juli 2020 zu bezahlen. Soweit die Beklagte nachweist, dass und in welchem Umfang sie Lohnabzüge an die zuständigen Instanzen abgeführt hat, reduziert sich dieser Betrag. Im Übrigen ist die Klage abzuweisen. Es erübrigt sich daher, auf die Vorbringen des Klägers betreffend Schadenersatz und Pönale aufgrund ungerechtfertigter fristloser Kündigung einzugehen. IV. 1. Trifft die Rechtsmittelinstanz eine neue Entscheidung, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Der erstinstanzliche Streitwert beträgt Fr. 26'258.– (Fr. 20'732.– + Fr. 726.– + Fr. 4'800.– [Arbeitszeugnis]). Da der Streitwert somit unter Fr. 30'000.– liegt, sind gestützt auf Art. 114 lit. c ZPO keine Gerichtskosten zu erheben. Der Kläger obsiegt vor Vorinstanz zu rund 25%. Für das erstinstanzliche Verfahren ist ihm daher eine reduzierte Parteientschädigung in Höhe von

Fr. 1'000.– (inkl. Auslagen und MWST) zuzusprechen (Art. 106 Abs. 2 ZPO sowie § 2, § 4 Abs. 1 und 2 und § 11 Abs. 1 AnwGebV). Der Beklagten ist mangels Antrag keine Parteientschädigung bzw. Umtriebsentschädigung zuzusprechen. 2. Im Berufungsverfahren ist von einem Streitwert in Höhe von Fr. 21'388.55 auszugehen (Fr. 20'732.– + Fr. 656.55). Wie schon das erstinstanzliche Verfahren ist auch das Berufungsverfahren aufgrund des Fr. 30'000.– unterschreitenden Streitwerts kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO). Der Kläger unterliegt im Berufungsver-

- 21 - fahren zu rund 90%. Er ist daher zu verpflichten, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'100.– (inkl. Auslagen und MWST) zu bezahlen (Art. 106 Abs. 2 ZPO sowie § 2, § 4 Abs. 1 und 2, §

## **E. 11**

Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). 3. Der Kläger beantragt, es sei ihm für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihm in der Person von Rechtsanwalt MLaw X.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (Urk. 15 S. 2 und S. 18 ff.). Die Mittellosigkeit des Klägers im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO ist ausgewiesen: Aufgrund der eingereichten Belege ist davon auszugehen, dass er ein monatliches Nettoeinkommen nicht über Fr. 3'000.– erzielt (Urk. 19/8 f.). Dem gegenüber steht ein zivilprozessualer Notbedarf in etwa gleicher Höhe (Grundbetrag Fr. 1'200.–, erweitert um 25%; Mietkosten Fr. 800.– [Urk. 19/19]; Mobilitätskosten Fr. 154.85; Kosten für auswärtige Verpflegung Fr. 120.–; Krankenkassenkosten Fr. 280.80 [Urk. 19/11]). Über Vermögen verfügt der Kläger nicht (Urk. 19/13), er hat aber Schulden (Urk. 19/12). Überdies können die Rechtsbegehren des Klägers nicht als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO bezeichnet werden, wobei diesbezüglich grundsätzlich auf die vorstehenden Erwägungen unter Ziffer III verwiesen werden kann. Eine anwaltliche Verbeiständung des rechtsunkundigen Klägers erscheint auch im Berufungsverfahren zur Wahrung seiner Rechte notwendig (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Dem Kläger ist somit für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und es ist ihm in der Person von Rechtsanwalt MLaw X.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass Dispositiv-Ziffer 1 Abs. 1 des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 6. Dezember 2021 (Aus- und Zustellung eines gesetzeskonformen Arbeitszeugnisses) in Rechtskraft erwachsen ist. 2. Dem Kläger wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt MLaw X.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.

- 22 - 3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 2'080.– brutto nebst Zins zu 5% seit 2. Juli 2020 zu bezahlen. Dieser Betrag reduziert sich, soweit die Beklagte nachweist, dass und in welchem Umfang sie Lohnabzüge an die zuständigen Instanzen abgeführt hat. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. 2. Für das erstinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben. 3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zu bezahlen. 4. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben. 5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'100.– zu bezahlen. 6. 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. 7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000

Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 21'388.55.

- 23 - Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 13. Oktober 2022 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Der Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. A. Huizinga MLaw C. Rüedi versandt am: jo

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