

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LA170004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter lic. iur. M. Spahn
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Knoblauch

Beschluss und Urteil vom 7. Juli 2017

in Sachen

A. _____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

betreffend **arbeitsrechtliche Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Pfäffikon
vom 29. Juni 2016 (AH160002-H)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1, sinngemäss)

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 29'990.– zu bezahlen.
2. Es sei festzustellen, dass die fristlose Kündigung ungerechtfertigt sei.

Alles unter Kostenfolge zu Lasten der Beklagten.

Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Pfäffikon vom 29. Juni 2016:

(Urk. 31 = Urk. 37)

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 29'990.– brutto zu bezahlen.
2. Auf das klägerische Rechtsbegehren 2 wird nicht eingetreten.
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 50.– zu bezahlen.
5. (Schriftliche Mitteilung).
6. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, 30 Tage Frist).

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 36):

- " 1. Das Urteil des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 29. Juni 2016 sei aufzuheben und die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung gegenüber dem Kläger per 23. November 2015 sei als zu recht erfolgt zu bestätigen.
2. Evt. sei C._____ als Zeugin einzuvernehmen.
 3. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger in Abgeltung seiner Lohnansprüche für die Zeit bis 23. November 2016 Fr. 13'011.85 zu bezahlen.
 4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers."

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 40):

- " 1. Bestätigung des Urteils vom Bezirksgericht Pfäffikon vom 29.06.2016 und die vom Beklagten ausgesprochene fristlose Kündigung gegenüber dem Kläger per 23. November 2015 als nicht gerechtfertigt.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger seine offene Lohnforderung Fr. 29'990.– zu bezahlen.
3. Die gestellten Ansprüche des Beklagten an den Kläger sind willkürlich und völlig unbegründet. Die arbeitsvertragliche Grundlage war klar geregelt.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten"

Erwägungen:

I.

1. Der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) war vom 1. Dezember 2013 bis zur fristlosen Kündigung durch die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) per 23. November 2015 für letztere als technischer Kaufmann/Bauführer tätig. Der Arbeitsvertrag vom 28. November 2013 sah vor, dass der Kläger ab dem 1. Dezember 2013 in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis mit der Beklagten stand, für welches im ersten Dienstjahr eine Kündigungsfrist von einem Monat und vom zweiten bis neunten Dienstjahr von zwei Monaten galt. Der Kläger war im Monatslohn angestellt (Urk. 4/1). Gemäss Ausführungen des Klägers arbeitete er und der einzige Verwaltungsrat der Beklagten (vgl. Urk. 46), D._____, bereits vor Dezember 2013 zusammen, namentlich im Betrieb von D._____ und dessen Sohn, E._____. Nachdem das Verhältnis zwischen Vater und Sohn zunehmend schwieriger geworden sei, habe D._____ den gemeinsamen Betrieb verlassen und ein eigenes Unternehmen, die Beklagte, gegründet. Es habe sich um eine böartige Trennung von Vater und Sohn gehandelt. Er selber sei auch

Teil dieses Konflikts geworden, da er auch aus dem damaligen Betrieb ausgestiegen sei und per Dezember 2013 bei der Beklagten zu arbeiten begonnen habe. Bereits im damaligen Konflikt mit dem Sohn habe er in der Folge seinen Lohnanspruch einklagen müssen (Prot. I S. 10).

2. Am 3. Februar 2016 reichte der Kläger unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramts F._____ (Urk. 3) bei der Vorinstanz die vorliegende arbeitsrechtliche Klage ein, mit der er Lohnforderungen bzw. Schadenersatz geltend machte (Urk. 1). Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 31 E. I.= Urk. 37 E. I.). Am 29. Juni 2016 fällte die Vorinstanz den eingangs zitierten Entscheid (Urk. 37).

3. Gegen das vorinstanzliche Urteil erhob die Beklagte am 2. Februar 2017 rechtzeitig (Urk. 32/2) Berufung und stellte die eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 36). Die Berufungsantwort datiert vom 22. Februar 2017 (Urk. 40). Mit Beschluss vom 29. März 2017 wurde vorgemerkt, dass der vorinstanzliche Entscheid insoweit in Rechtskraft erwachsen sei, als die Beklagte mit dessen Dispositivziffer 1 verpflichtet worden sei, dem Kläger einen Betrag von Fr. 13'011.85 zu bezahlen. Im gleichen Entscheid wurde, nachdem am 21. März 2017 über die Beklagte der Konkurs eröffnet worden war, der Konkurs vorgemerkt und das Verfahren sistiert. Mit Urteil vom 4. Mai 2017 hiess die zweite Zivilkammer die Beschwerde der Beklagten gegen das Urteil des Konkursrichters des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 21. März 2017 betreffend Konkurseröffnung gut und hob das Urteil des Konkursrichters, mit welchem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet worden war, auf (vgl. Urk. 46). Dementsprechend wurde die Sistierung des Berufungsverfahrens aufgehoben (Urk. 47). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Es gilt dabei insofern eine Rüge- und Begründungsobliegenheit, als dass die Berufung führende Partei sich mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinanderzusetzen und kon-

kret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch war (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; *OGer ZH LF140108 vom 24. März 2015, E. 2.1*). Die Rechtsmittelinstanz muss nicht nach allen denkbaren möglichen Fehlern forschen (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36; Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 30 ff.; ZWR 2014 S. 270, S. 271 f.). Vielmehr muss der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnen, die er anführt, sich inhaltlich mit diesen auseinandersetzen und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigen, wo die massgeblichen Behauptungen, 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 genügenden 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. September 2014, E. 5).

2. Die Beklagte beantragt im Rahmen ihrer Berufung die Aufhebung des (gesamten) vorinstanzlichen Entscheids (vgl. Urk. 36 S. 2). Mangels Beschwer ist indessen auf die Berufung insoweit nicht einzutreten, als sie sich gegen Dispositivziffer 2 des angefochtenen Entscheids richtet, mit welcher die Vorinstanz auf das klägerische Rechtsbegehren 2 (Feststellung des Vorliegens einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung) nicht eintrat. Auch hinsichtlich des Kostenentscheids gemäss Dispositivziffer 3 des angefochtenen Entscheids ist die Beklagte nicht beschwert, weshalb diesbezüglich ebenfalls nicht auf die Berufung einzutreten ist.

3. Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO).

III.

1. Streitgegenstand

Die Vorinstanz ging gestützt auf die Parteiausführungen der Beklagten im vorinstanzlichen Verfahren von drei geltend gemachten Gründen für die fristlose Kündigung aus. So prüfte die Vorinstanz, ob die fristlose Kündigung aufgrund eines treuwidrigen Verhaltens des Klägers zu Lasten der Beklagten, der verschlechterten Arbeitsleistung des Klägers oder dessen Fernbleiben vom Arbeitsplatz trotz vorgängiger Verwarnung gerechtfertigt war (Urk. 37 E. III/2.4.1 ff.). Die Vorinstanz verneinte das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne von Art. 337 OR. Im Rahmen ihrer Berufung kritisiert die Beklagte die vorinstanzliche Sachverhaltsdarstellung und macht geltend, sich bereits vor Vorinstanz auf den Standpunkt gestellt zu haben, dass am 23. November 2015 mit der SMS des Klägers an die Mitarbeiterin der Beklagten, C._____, ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung gemäss Art. 337 OR vorgelegen habe (Urk. 36 Ziff. 1). Es sei einzig und alleine um diese SMS vom 20. November 2015 gegangen, andere Kündigungsgründe habe sie bewusst nicht aufgeführt (Urk. 36 Ziff. 2). In der Folge beschränkt die Beklagte ihre Ausführungen in der Berufungsschrift im Zusammenhang mit der fristlosen Kündigung auf diesen Kündigungsgrund und setzt sich mit den weiteren vorinstanzlichen Erwägungen nicht auseinander. Deshalb ist im Berufungsverfahren lediglich die Frage zu prüfen, ob die vom Kläger an die Mitarbeiterin C._____ gesandte SMS einen zureichenden Grund für eine fristlose Kündigung darstellte. Dass diese SMS vom Kläger an C._____ gesandt wurde und sie den von der Beklagten geltend gemachten Wortlaut beinhaltet, ist unbestritten (vgl. Urk. 37 E. III/2.4.2 S. 15; Prot. I S. 13). Die SMS vom 20. November 2015 lautet wie folgt (Urk. 4/2, Abs. 3):

"Hallo C._____, teile mir bitte mit, falls D._____ wieder irgendwelche Gemeinheiten plant oder du vorbereiten sollst. Diese Infos bleiben auch absolut unter uns. Mir gehen auf der Fahrt viele Dinge durch den Kopf. Habe ich mit seinem Sohn schon alles durch. ...und du weisst, der Apfel....Ansonsten rollt der Verkehr, aber grausiges Wetter. Ich wünsche dir schon mal ein schönes WE und liebe Grüsse, B._____."

2. Fristlose Kündigung

2.1 In Bezug auf die SMS vom 20. November 2015 hielt die Vorinstanz fest, dass ihr insbesondere keine Verbalinjurien zu entnehmen seien, welche ausnahmsweise auch ohne Verwarnung zur fristlosen Kündigung berechtigen würden. Zudem müsse aufgrund der Vorbringen der Parteien davon ausgegangen werden, dass der Kläger von den Verunglimpfungen zwischen D._____ und seinem Sohn, E._____, gewusst habe. So habe der Kläger nachvollziehbar angegeben, die an bzw. gegen E._____ gerichteten, seitenlangen Schreiben gelesen zu haben. Auch sei der Kläger im Gerichtsverfahren gegen E._____ von D._____ begleitet und sei das schwierige Verhältnis der beiden thematisiert worden. Offenbar habe der Kläger ein vergleichbares Vorgehen von D._____ gefürchtet. Im Umstand, dass der Kläger einer Mitarbeiterin, mit der er offenbar bereits vorgängig über dieses Thema gesprochen habe, eine SMS mit dem erwähnten Inhalt gesandt habe, könne in Würdigung sämtlicher Umstände kein wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR gesehen werden, welcher ohne vorgängige Verwarnung zur fristlosen Kündigung berechtigt hätte. Eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger – allenfalls bis Ende der ordentlichen Kündigungsfrist – wäre der Beklagten, so die Vorinstanz weiter, zuzumuten gewesen. Ein Beweisverfahren, namentlich die Befragung der einzig angerufenen C._____ als Zeugin, erübrige sich unter diesen Umständen (Urk. 37 E. III/2.4.2).

2.2 Die Beklagte rügt die Feststellung der Vorinstanz, wonach der SMS insbesondere keine Verbalinjurie zu entnehmen sei. Bereits der erste Satz, nämlich "Hallo C._____, teile mir bitte mit, falls D._____ wieder irgendwelche Gemeinheiten plant oder du vorbereiten sollst.", sei mehr als eine Verbalinjurie. Das Wort "Gemeinheit" habe eine markant negative Bedeutung. Der Kläger habe dem Geschäftsführer der Beklagten sogar unterstellt, wiederholt Gemeinheiten geplant zu haben, das heisst, dass er früher bereits Gemeinheiten begangen, mithin früher quasi perfid gehandelt habe, und nunmehr plane, dies wieder zu tun. Eine solche Ausdrucksweise sei für den Geschäftsführer der Beklagten mehr als beleidigend gewesen. Die SMS habe das Vertrauensverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten unwiderruflich zerstört und dieser Vertrauensbruch hätte sich auch

durch eine Verwarnung nicht heilen lassen (Urk. 36 Ziff. 4). Die Beklagte lässt dem Kläger in ihrer Berufungsschrift sodann vorwerfen, mit dem zweiten Satz ("Diese Infos bleiben auch absolut unter uns.") offensichtlich versucht zu haben, eine Allianz gegen den Geschäftsführer aufzubauen. Man könne es auch als Aufwiegelung oder den Versuch einer Verschwörung gegen den Geschäftsführer der Beklagten bezeichnen. Insbesondere habe der Kläger mit diesem Satz C._____ am 20. November 2015 in ein Dilemma gestürzt. Ihr Dilemma habe in der Frage bestanden, wie sie sich inskünftig gegenüber ihrem Vorgesetzten, dem Geschäftsführer der Beklagten, verhalten solle – loyal oder illoyal. Sie habe sich dann für ersteres entschieden und den versuchten Komplott des Klägers gegen den Geschäftsführer der Beklagten aufgedeckt (Urk. 36 Ziff. 4 S. 4). Mit dem weiteren Text ("Mir gehen auf der Fahrt viele Dinge durch den Kopf. Habe ich mit seinem Sohn schon alles durch ... und du weisst, der Apfel ...") habe der Kläger zum Ausdruck bringen wollen, dass D._____ die gleichen schlechten charakterlichen Eigenschaften wie sein Sohn, E._____, aufweise. Eine solche, in hohem Masse beleidigende Qualifikation ihres Geschäftsführers habe sich die Beklagte nicht gefallen lassen müssen (Urk. 36 Ziff. 4 S. 4).

2.3 Hinsichtlich der Voraussetzungen, unter denen eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu Recht erfolgt, kann – um Wiederholungen zu vermeiden – vorab auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 37 E. III/2.1). Zu ergänzen ist lediglich, dass nach einer erfolgten Verwarnung ein weniger schwer wiegender Verstoss zur gerechtfertigten fristlosen Kündigung genügt. Es muss sich dabei nicht um einen Verstoss gleicher Art handeln. Allerdings fallen ähnliche Verstösse nach einer Verwarnung unter dem Aspekt von Treu und Glauben natürlich schwerer ins Gewicht. Zu betonen ist, dass auch nach einer Verwarnung nicht jede Kleinigkeit eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen vermag (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, 2012, Art. 337 N 13 S. 1123).

2.4.1 Die SMS erweist sich unter den konkreten Umständen objektiv als ungeeignet, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgehend zu erschüttern, dass der Beklagten als Arbeitgebe-

rin die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zuzumuten gewesen wäre. Vor Vorinstanz verwies D._____ für die Beklagte hinsichtlich der ihm in der SMS unterstellten Gemeinheiten auf die diesbezüglichen Ausführungen von C._____ (Prot. I S. 19), welche in ihrer Stellungnahme vom 16. Juni 2016 wiederum festhielt, sie sei davon ausgegangen, dass der Kläger mit Gemeinheiten die Endabrechnung seiner Ferientage gemeint habe (Urk. 26). Im weiteren Verlauf der vorinstanzlichen Verhandlung führte D._____ dann jedoch aus, er habe dem Kläger gesagt, dass wenn er noch einmal ohne Absprache einfach abhaue, es eine fristlose Kündigung geben werde. Er sei der Ansicht, dass der Kläger mit Gemeinheiten dies gemeint habe. Lese man den Text der SMS, sei das klar (Prot. I S. 24). Der Kläger selber erklärte bezüglich der erwarteten Gemeinheiten, er habe gespürt, dass ihm fristlos gekündigt werde. Zum Passus der SMS, wonach C._____ ihm mitteilen solle, falls D._____ wieder irgendwelche Gemeinheiten plane oder sie solche vorbereiten solle, erläuterte er, dass D._____ in der Vergangenheit immer jemanden gebraucht habe, der gewisse Dinge, wie zum Beispiel Schriftstücke, für ihn vorbereitet habe (Prot. I S. 14). Damit gehen beide Parteien – anders als die Mitarbeiterin C._____ – schlussendlich davon aus, dass mit "Gemeinheiten" die Aussprache einer fristlosen Kündigung gemeint war. Die Bitte eines Arbeitnehmers gegenüber einer Arbeitskollegin um vorgängige Information, sollte ersterem eine fristlose Kündigung drohen, ist jedoch nicht geeignet, das gegenseitige Vertrauen zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer zu zerstören oder schwer zu erschüttern. Auch nicht, wenn die Kündigung nicht als solche, sondern als Gemeinheit bezeichnet wird. Zwar wird der Beklagten dadurch ein unredliches Verhalten angelastet, indem ihr bzw. D._____ vorgeworfen wird, er plane, den Kläger ungerechtfertigt zu entlassen, weshalb eine Treuepflichtverletzung des Klägers nicht verneint werden kann. Vor dem Hintergrund der dem Kläger am 17. November 2017 im Zusammenhang mit seinen Fahrten nach Berlin tatsächlich in Aussicht gestellten fristlosen Kündigung (Urk. 37 E. III/2.2.2 S. 12) und der unbestritten gebliebenen Vorgeschichte mit dem Sohn von D._____ wiegt die Verletzung allerdings nicht schwer. Damit ist der Vorinstanz zuzustimmen, wenn sie feststellte, dass sich aus der SMS keine Verbalinjurie ergibt, welche eine fristlose Kündigung ohne vorgängige Verwarnung gerechtfertigt hätte. Die Feststellung der

Vorinstanz, dass hinsichtlich der geltend gemachten Verbalinjurie bzw. Diffamierung keine Verwarnung ausgesprochen worden sei (Urk. 37 E. III/2.4.2 S. 16), blieb ungerügt und trifft auch zu. Zu beachten ist jedoch, dass hinsichtlich des Fernbleibens vom Arbeitsplatz eine Verwarnung ausgesprochen worden war (vgl. Urk. 37 E. III/2.4.4) und nach einer erfolgten Verwarnung nicht ein Verstoss gleicher Art vorausgesetzt wird (vgl. vorstehend E. III/2.3). Die Treuepflichtverletzung des Klägers aufgrund der unterstellten Gemeinheiten ist jedoch als geringfügig zu betrachten. Deshalb war die im Zusammenhang mit dem Fernbleiben des Klägers von der Arbeit – und damit einem völlig anderen Sachverhalt – ausgesprochene Verwarnung für eine fristlose Kündigung, ohne Verwarnung im Zusammenhang mit dem unredlichen Verhalten gegenüber einem Vorgesetzten, nicht ausreichend. Nichts anderes würde gelten, wenn mit Gemeinheiten – wie dies von C._____ aufgefasst wurde – die Endabrechnung der Ferientage gemeint gewesen wäre.

Vor diesem Hintergrund ist denn auch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die von der Beklagten offerierte Zeugin, C._____, nicht einvernommen hat (vgl. Urk. 37 E. III/2.4.2 S. 17). Die Beklagte macht hierzu im Berufungsverfahren geltend, C._____ hätte zusätzlich die Wirkung der SMS auf sie persönlich aufzeigen können (Urk. 36 Ziff. 5). Dabei übersieht die Beklagte, dass es nicht oder zumindest nicht ausschlaggebend um die Wirkung der SMS auf C._____ geht, sondern um die Auswirkung der SMS auf das Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten und dem Kläger. Wie bereits aufgezeigt, war die SMS aber objektiv nicht geeignet, das Vertrauensverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten zu zerstören oder so tief greifend zu erschüttern, dass der Beklagten nach Treu und Glauben eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zuzumuten gewesen wäre.

2.4.2 Die Beklagte unterstellt dem Kläger in ihrer Berufungsschrift, er habe mit der SMS sodann sagen wollen, dass D._____ die gleichen schlechten charakterlichen Eigenschaften habe wie sein Sohn, was eine im hohen Masse beleidigende Qualifikation sei. Diese Behauptung brachte die Beklagte erst im Berufungsverfahren vor, was unzulässig ist (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO), weshalb auf diese Aus-

föhrungen nicht einzugehen ist. Im vorinstanzlichen Verfahren föhrte die Beklagte nicht aus, D._____ sei dadurch diffamiert worden, dass er mit seinem Sohn verglichen worden sei (vgl. insbesondere Prot. I S. 19 und 21).

2.4.3 Gleiches gilt für den Vorwurf, der Kläger habe eine Allianz gegen den Geschäftsföhrer der Beklagten aufzubauen versucht, was auch als Aufwiegelung oder den Versuch einer Verschwörung bezeichnet werden könne. Aufgrund der SMS habe sich die Mitarbeiterin C._____ in einem Dilemma wiedergefunden, ob sie sich gegenüber dem Geschäftsföhrer loyal oder illoyal verhalten solle (Urk. 36 S. 3 f.). Auch diese Ausführungen sind neu und im Hinblick auf Art. 317 Abs. 1 ZPO unbeachtlich. Vor Vorinstanz wurde weder ein solches Dilemma noch ein versuchter Komplott geltend gemacht (vgl. insbesondere Prot. I S. 19).

2.5 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Verfehlung des Klägers, namentlich der Versand der im Streite liegenden SMS, nicht schwer genug wiegt, um eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Der Beklagten wäre es zumutbar gewesen, ordentlich zu kündigen und das Arbeitsverhältnis noch gut zwei Monate aufrechtzuerhalten. Daran ändert auch der letzte Vorwurf der Beklagten, der Kläger habe sich mit dem Satzsatz "Ansonsten rollt der Verkehr, aber grausiges Wetter. Ich wünsche dir schon mal ein schönes WE und liebe Grüsse, B._____." nach dem "derben Frontalangriff" auf den Geschäftsföhrer der Beklagten bei C._____ anbieten wollen (Urk. 36 Ziff. 4 S. 4), nichts.

Damit erweist sich die fristlose Kündigung vom 23. November 2015 als ungerechtfertigt. Nach dem Gesagten verfängt denn auch die Kritik der Beklagten nicht, die Vorinstanz habe sich nur kurz mit der SMS auseinandergesetzt, um sich dann aber zur Hauptsache mit der engen finanziellen Lage der Beklagten und dem belasteten Verhältnis von D._____ und dessen Sohn zu befassen, und diese Punkte quasi als Entschuldigungsgrund für das dreiste Vorgehen des Klägers angeführt (Urk. 36 Ziff. 3). Vielmehr ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass aufgrund der Gesamtumstände kein wichtiger Grund vorlag, welcher eine fristlose Kündigung gerechtfertigt hätte.

3. Ansprüche aus ungerechtfertigter fristloser Kündigung/Verrechnung

3.1.1 Die Vorinstanz stellte fest, der Kläger mache Schadenersatzansprüche im Sinne von Art. 337c Abs. 1 OR geltend und beziffere den diesbezüglichen Schaden auf Fr. 36'466.65. Eingeklagt worden seien jedoch lediglich Fr. 29'990.–. Folglich könne dem Kläger keine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR zugesprochen werden, auch wenn ihm eine solche zustehen würde, da dies eine Verletzung der Dispositionsmaxime darstellen würde. Da die Beklagte sich auch nach Ausübung der richterlichen Fragepflicht nicht zu den geltend gemachten Ansprüchen geäußert und sich vielmehr damit begnügt habe, den Standpunkt zu vertreten, dass die Kündigung rechtmässig erfolgt sei und demzufolge keine Ansprüche seitens des Klägers bestünden, habe der eingeklagte Anspruch gemäss Rechtsbegehren Ziffer 1 als unbestritten zu gelten (Urk. 36 E. III/3.2).

3.1.2 Auch im Berufungsverfahren setzt sich die Beklagte mit dem vom Kläger geltend gemachten Betrag nicht auseinander. Vielmehr nimmt sie weiterhin lediglich eine Berechnung für den Fall einer rechtmässigen fristlosen Kündigung vor (vgl. Urk. 36 Ziff. 6). Damit rügt sie das von der Vorinstanz festgestellte Quantitativ des klägerischen Anspruchs nicht. Dementsprechend bleibt es beim von der Vorinstanz festgehaltenen Betrag von brutto Fr. 29'990.–.

3.2 Bereits vor Vorinstanz brachte die Beklagte drei Forderungen zur Verrechnung mit dem klägerischen Anspruch vor, namentlich eine solche aus fehlender Datensicherung, eine weitere aufgrund eines iPhone 5s und schliesslich eine solche für Fahrten mit dem Geschäftswagen (Prot. I S. 20 ff.; vgl. auch Urk. 37 E. III/4.1.1). Die Vorinstanz führte über mehrere Seiten aus, weshalb die Beklagte mit ihren Verrechnungsforderungen nicht durchzudringen vermöge (Urk. 37 E. III/4.3 f.). Auf diese Erwägungen geht die Beklagte in ihrer Berufungsschrift mit keinem Wort ein, sondern begnügt sich damit, seine behaupteten Verrechnungsforderung erneut aufzulisten. Damit erfüllt sie die Anforderungen an eine Berufungsschrift (vgl. vorstehend E. II/1) wiederum nicht. Folglich ist nicht weiter auf die Verrechnungsforderungen einzugehen.

4. Fazit

Die Kündigung vom 23. November 2015 erweist sich als ungerechtfertigt. Der dem Kläger in Gutheissung der Klage zugesprochene Betrag von brutto Fr. 29'990.– ist nicht zu beanstanden. Nach dem Gesagten ist die Berufung unbegründet und der Entscheid der Vorinstanz - soweit nicht in Rechtskraft erwachsen - vollumfänglich zu bestätigen.

IV.

1. Wie schon das erstinstanzliche Verfahren ist auch das Berufungsverfahren aufgrund des Fr. 30'000.– nicht übersteigenden Streitwerts kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO).

2. Die Vorinstanz sprach dem Kläger eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 50.– zu (vgl. Urk. 37, Dispositivziffer 2). Die Beklagte beantragt im Berufungsverfahren zwar die Aufhebung des (gesamten) vorinstanzlichen Entscheids, rügt die dem Kläger zugesprochene Umtriebsentschädigung jedoch nicht explizit und setzt sich insbesondere auch nicht mit den diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz auseinander. Vor diesem Hintergrund ist die zugesprochene Parteientschädigung zu bestätigen.

3.1 Der Kläger verlangt auch für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung (Urk. 40 S. 2).

3.2 Gemäss Art. 95 Abs. 3 ZPO umfasst die Parteientschädigung den Ersatz notwendiger Auslagen (lit. a), die Kosten einer berufsmässigen Vertretung (lit. b) und wenn die Partei nicht berufsmässig vertreten ist in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung (lit. c). Der Kläger hat keine notwendigen Auslagen geltend gemacht, ebenso hat er keinen berufsmässigen Vertreter mandatiert. In Frage kommt daher nur eine Umtriebsentschädigung gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO. Eine solche ist als Ausgleich für den Verdienstausfall selbstständig erwerbender Personen gedacht (ZK ZPO-Suter/von Holzen, Art. 95 N 41; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 95 N 21 ZPO). Dabei ist jedoch im Auge zu behal-

ten, dass einer nicht durch einen Anwalt vertretenen Partei in der Regel, für nicht übermässigen Aufwand, keine Entschädigung zugesprochen wird; zu entschädigen ist nur ein hoher Aufwand bei einer komplizierten Sache mit hohem Streitwert (Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 95 N 25). Es ist dabei Sache der ansprechenden Partei, die Entschädigung zu beantragen und dem Gericht sachlich überzeugende Gründe für die geltend gemachte Höhe der Umtriebsentschädigung vorzulegen (BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 95 N 21 f.).

3.2 Im Berufungsverfahren machte der Kläger keine über den Antrag auf Regelung der Entschädigungsfolgen hinausgehende Ausführungen zur Begründung seines Anspruchs auf Parteientschädigung. Der Kläger hat somit einen Verdienstausfall weder behauptet noch belegt. Weiter hat er nicht begründet, weshalb sonst eine Entschädigung gestützt auf Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO gerechtfertigt wäre. Es rechtfertigt sich daher für das Berufungsverfahren nicht, ihm eine Umtriebsentschädigung beziehungsweise Parteientschädigung zuzusprechen.

3.3 Auch die Beklagte beantragt die Zusprechung einer Parteientschädigung (Urk. 36 S. 2). Ihr ist infolge ihres vollständigen Unterliegens jedoch keine solche zuzusprechen (vgl. Art. 106 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird insoweit nicht eingetreten, als sie sich gegen Dispositiv-Ziffern 2 und 3 des angefochtenen Entscheids richtet.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird, und das Urteil des Arbeitsgerichts Pfäffikon vom 29. Juni 2016 wird, soweit es noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist, bestätigt.

2. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
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. 16'888.15.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 7. Juli 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. P. Knoblauch

versandt am:

mc