Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.57/2007/fco

Urteil vom 15. Mai 2007
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterin Klett,
Bundesrichter Kolly,
Gerichtsschreiber Hatzinger.

Parteien
X._____,
Beklagte und Berufungsklägerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Peter Hofer,

gegen

1. Y._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Marc Spescha,
2. Arbeitslosenkasse Unia, Postfach,
Neumattstrasse 7, 8953 Dietikon,
Klägerinnen und Berufungsbeklagte.

Gegenstand
Arbeitsvertrag; fristlose Kündigung,

Berufung gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 4. Dezember 2006.

Sachverhalt:
A.
X._____ (Beklagte) betrieb in Zürich ein Restaurant. Y._____ (Klägerin 1) trat am 17. März 2003 als Reinigungs- und Küchengehilfin in die Dienste der Beklagten; anfangs arbeitete die Klägerin 1 im Stundenlohn mit unregelmässigem Pensum, per 1. Mai 2004 festangestellt zu einem Monatslohn von Fr. 3'200.– brutto. Im November/Dezember 2004 kam es zwischen den Parteien zu Diskussionen um die Schwangerschaft der Arbeitnehmerin, Absenzen von der Arbeit, Bezug von Ferien und deren Bezahlung. Mit Schreiben vom 29. November 2004 verwarnte die Beklagte die Klägerin 1 wegen unentschuldigter Absenzen, namentlich seit dem 22. November 2004, und forderte sie auf, umgehend ein Arztzeugnis einzureichen; zudem wurde die fristlose Kündigung vorbehalten. Am 15. Dezember 2004 wies der Vertreter der Klägerin 1 darauf hin, dass diese als Schwangere berechtigt sei, auf blosse Anzeige hin der Arbeit fernzubleiben. Am 8. Februar 2005 hielt der Vertreter der Beklagten fest, die Beklagte habe aus betriebsorganisatorischen Gründen Anspruch auf Kenntnis des Erscheinens der Klägerin 1; er forderte die Klägerin 1 auf, künftig bei jeder Abwesenheit von Anfang an Grund und Dauer anzugeben; andernfalls behalte er sich eine Verwarnung und danach die fristlose
Kündigung vor. Mit Schreiben vom 15. Februar 2005 liess die Beklagte dem Vertreter der Klägerin 1 mitteilen, bei ihr sei ein Arztzeugnis eingegangen, wonach die Klägerin 1 vom 6. bis 14. Februar 2005 krankgeschrieben sei; am 15. Februar 2005 sei die Klägerin 1 jedoch nicht zur Arbeit erschienen und die Beklagte sei über den Grund der Abwesenheit nicht verständigt worden. Da die Klägerin 1 die schriftliche Mahnung vom 8. Februar 2005 nicht respektiere, werde sie verwarnt; bei erneutem Fernbleiben von der Arbeit ohne Orientierung der Beklagten werde eine fristlose Kündigung vorbehalten. Am 17. Februar 2005 kündigte die Beklagte der Klägerin

1 das Arbeitsverhältnis fristlos, da diese wiederum von der Arbeit ferngeblieben sei, ohne die Beklagte über Grund und Dauer der Abwesenheit zu orientieren.
B.
Die Klägerin 1 gelangte am 17. Mai 2005 an das Arbeitsgericht des Kantons Zürich und forderte von der Beklagten Fr. 27'190.40 nebst 5 % Zins seit 17. Februar 2005. Sie machte geltend, das Arbeitsverhältnis sei zu Unrecht fristlos aufgelöst worden, weshalb eine Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR über sechs Monatslöhne, die Nachzahlung für elf unbezahlte Krankheitstage, der Monatslohn für Februar 2005 und Schadenersatz für die Zeit von März bis August 2005 zu leisten sei. An der Hauptverhandlung erhöhte die Klägerin 1 ihre Forderung auf Fr. 29'523.70. Am 9. September 2005 erklärte die Arbeitslosenkasse Unia (Klägerin 2) den Eintritt in den Prozess und machte eine Forderung von Fr. 3'005.70 netto nebst Zins für die von ihr bezahlten Taggelder geltend; diese Forderung verringerte sie in der Folge auf Fr. 2'560.75. Die Klägerin 1 ersuchte am 16. September 2005 zusätzlich um Begleichung der Differenz zwischen den ihr für die Monate Juli und August 2005 von der Arbeitslosenkasse ausbezahlten Taggeldern und ihrem Lohnanspruch von brutto Fr. 755.–, wobei sie den eingeklagten Entschädigungsanspruch gemäss Art. 337c Abs. 3 OR um den entsprechenden Nettobetrag von Fr. 694.75 reduzierte.
Mit Urteil vom 17. Januar 2006 hiess das Arbeitsgericht die Klage der Klägerin 1 teilweise gut und verpflichtete die Beklagte, der Klägerin 1 Fr. 18'969.60 netto nebst 5 % Zins seit 17. Februar 2005 und der Klägerin 2 Fr. 2'560.75 netto nebst 5 % Zins seit 9. September 2005 zu bezahlen; im Übrigen wies es die Klage der Klägerin 1 ab. Gegen dieses Urteil erklärte die Beklagte am 9. Mai 2006 Berufung.
C.
Das Obergericht des Kantons Zürich hielt mit Urteil bzw. Beschluss vom 4. Dezember 2006 fest, der Entscheid des Arbeitsgerichts vom 17. Januar 2006 sei insoweit in Rechtskraft erwachsen, als die Klage der Klägerin 1 im Fr. 18'969.60 übersteigenden Umfang abgewiesen worden sei. Das Obergericht verpflichtete die Beklagte, der Klägerin 1 Fr. 13'969.60 netto nebst 5 % Zins seit 17. Februar 2005 und der Klägerin 2 Fr. 2'560.75 netto nebst 5 % Zins seit 9. September 2005 zu bezahlen; im Mehrbetrag wurde die Klage der Klägerin 1 abgewiesen. Das Obergericht erwog, das Arbeitsgericht habe die fristlose Kündigung mangels wichtigen Gründen zu Recht als unzulässig erachtet; unter den gegebenen Umständen sei eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR in Höhe von rund eineinhalb Monatslöhnen angemessen.
D.
Die Beklagte hat am 25. Januar 2007 gegen das Urteil des Obergerichts vom 4. Dezember 2006 Berufung eingereicht. Sie beantragt, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und die Klagen abzuweisen. Im Übrigen sei das Berufungsverfahren bis zu einem entsprechenden Entscheid des kantonalen Kassationsgerichts zu sistieren.
E.
Mit Zirkulationsbeschluss vom 2. März 2007 ist das Kassationsgericht auf eine Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten gegen das Urteil des Obergerichts vom 4. Dezember 2006 nicht eingetreten.
F.
Die Klägerin 1 beantragt die Abweisung der Berufung. Die Klägerin 2 beantragt, das Urteil des Obergerichts zu bestätigen und ihre Klage gutzuheissen. Das Obergericht hat auf eine Stellungnahme verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Das Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten (AS 2006 1205, 1243). Da der angefochtene Entscheid vorher ergangen ist, richtet sich das Verfahren noch nach dem OG (Art. 132 Abs. 1 BGG).
2.
Im Berufungsverfahren ist das Bundesgericht an die tatsächlichen Feststellungen der letzten kantonalen Instanz gebunden, wenn sie nicht offensichtlich auf Versehen beruhen, unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen (Art. 63 Abs. 2 OG) oder im Hinblick auf den Tatbestand einer anwendbaren Sachnorm ergänzungsbedürftig sind (Art. 64 OG). Werden solche Ausnahmen geltend gemacht, so hat die Partei, welche den Sachverhalt berichtigt oder ergänzt wissen will, darüber genaue Angaben mit Aktenhinweisen zu machen (Art. 55 Abs. 1 lit. c und d OG; BGE 130 III 102 E. 2.2 S. 106 mit Hinweisen). Blosse Kritik an der vorinstanzlichen Beweiswürdigung ist im Berufungsverfahren unzulässig (BGE 127 III 73 E. 6a S. 81; 126 III 10 E. 2b S. 13, je mit Hinweisen).

2.1 Ein offensichtliches Versehen im Sinne von Art. 55 Abs. 1 lit. d OG liegt vor, wenn das Gericht eine Tatsache oder ein bestimmtes Aktenstück übersehen oder mit einem falschen Wortlaut wahrgenommen hat; wenn jedoch die Tatsache oder das Aktenstück in der äusseren Erscheinung richtig wahrgenommen wurde, liegt kein Versehen vor, sondern allenfalls eine unzutreffende beweismässige oder rechtliche Würdigung, die mit der Versehensrüge nicht in Frage gestellt werden kann (BGE 131 III 360 E. 6.2 S. 366; 115 II 399 E. 2a S. 399 f.). Die Beklagte verkennt die Tragweite der Versehensrüge, wenn sie unter Verweis auf verschiedene Stellen der kantonalen Akten vorbringt, die Vorinstanz habe ausser Acht gelassen, dass bereits das Schreiben der Beklagten vom 29. November 2004 eine korrekte Verwarnung darstellte. Dass die Vorinstanz diese Verwarnung zwar sachverhaltsmäs-sig festhielt, in ihren Erwägungen aber nicht mehr darauf einging, beruht offenkundig auf einer rechtlichen Würdigung und nicht auf einer unzutreffenden Wahrnehmung. Die Rüge, die Vorinstanz sei insofern einem offensichtlichen Versehen erlegen, ist unbegründet.
2.2 Die Beklagte rügt, die Feststellung der Vorinstanz sei offensichtlich falsch, dass die Klägerin 1 dem Arbeitsplatz nach dem 15. Februar 2005 ”weiterhin” ohne Nachricht ferngeblieben sei. Nach Ansicht der Beklagten ist die Klägerin 1 ”erneut” ohne Benachrichtigung der Arbeitgeberin der Arbeit ferngeblieben, da sie sich bis zum 14. Februar 2005 krankheitsbedingt abgemeldet hatte und die Beklagte damit rechnen durfte, sie werde am 15. Februar 2005 wieder zur Arbeit erscheinen. Die Beklagte nimmt an, die Anzeigepflicht entstehe mit jeder Abwesenheit erneut und betont, sie habe am 15. Februar 2005 nicht die fristlose Kündigung, sondern zunächst eine weitere Verwarnung ausgesprochen. Davon geht jedoch auch die Vorinstanz aus, wenn sie die fristlose Kündigung vom 17. Februar 2005 erwähnt und als unbestritten feststellt, dass die Klägerin von der Verwarnung in der Zeit vom 15. bis 17. Februar 2005 keine Kenntnis habe nehmen können.
3.
Die Beklagte hält daran fest, dass die fristlose Kündigung zu Recht erfolgt sei. Sie rügt, die Verwarnung vom 29. November 2004 sei nicht berücksichtigt und diejenige vom 15. Februar 2005 an den Vertreter der Klägerin 1 nicht dieser zugerechnet sowie angenommen worden, die Klägerin 1 habe darauf nicht reagieren können.
3.1 Nach der Rechtsprechung zu Art. 337 OR ist eine fristlose Entlassung nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und anderseits auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (BGE 130 III 28 E. 4.1 S. 31, 213 E. 3.1 S. 220 f.; 129 III 380 E. 2.1 S. 382 mit Hinweisen). 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 S. 155; 116 II 145 E. 6a S. 150; Urteil 4C.364/2005 vom 12. Januar 2006, E. 2.2).
3.2 Die Abmahnung hat zugleich Rüge- und Warnfunktion. Zwar muss für die Gültigkeit der fristlosen Entlassung wegen leichterer Verstösse gegen die Arbeits- oder Treuepflicht nicht unter allen Umständen die fristlose Entlassung explizit angedroht worden sein. Indessen kann die Abmahnung ihren Warnzweck nur erfüllen, wenn sie als solche erkennbar ist, und der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer unmissverständlich klar macht, dass er den oder die begangenen Fehler schwer gewichtet und deren Wiederholung nicht sanktionslos hinzunehmen bereit ist. Der Arbeitnehmer muss klar erkennen können, welche Verhaltensweisen nicht mehr toleriert werden und wie er sich in Zukunft zu verhalten hat (Urteile 4C.364/2005 vom 12. Januar 2006, E. 2.3 mit Verweisen; 4C.187/2004 vom 5. Juli 2004, E. 5.1). Zur Beurteilung der Frage, ob der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben als ausreichend gewarnt zu gelten hat und dem Arbeitgeber bei erneuter Pflichtwidrigkeit die Fortsetzung des Arbeitsvertrags bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden kann, sind wiederum die konkreten Umstände heranzuziehen. Abzustellen ist auf die Natur, Schwere und Häufigkeit der Verfehlungen sowie die Reaktion des Arbeitnehmers auf die erfolgte Rüge und
Ermahnung. Feste Regeln über Anzahl und Inhalt der erforderlichen Abmahnungen lassen sich angesichts der Vielzahl möglicher Fallumstände nicht aufstellen. Es gilt jedoch im Auge zu behalten, dass nicht die Verwarnung als solche für die Frage der Berechtigung der fristlosen Entlassung ausschlaggebend ist, sondern die Tatsache, dass ein Verhalten des Arbeitnehmers die Fortführung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist für den Arbeitgeber nach Treu und Glauben unzumutbar machen kann. Das ist der Fall, wenn ein Arbeitnehmer trotz klarer Verwarnung das beanstandete Verhalten nicht ändert (BGE 127 III 153 E. 1c S. 157 f.).

3.3 Die Beklagte rügt, die Vorinstanz habe Art. 337 OR verletzt, indem sie ihr Schreiben vom 29. November 2004 nicht als Verwarnung anerkannt habe. In diesem Schreiben hatte die Beklagte festgehalten, dass die Klägerin 1 seit dem 22. November 2004 unentschuldigt, d.h. ohne "handfeste Begründung" der Arbeit ferngeblieben sei und sich ausserdem schon drei Mal wieder zur Arbeit angemeldet hatte und trotzdem nicht erschienen sei. Die Klägerin 1 wurde aufgefordert, der Beklagten umgehend ein Arztzeugnis zuzustellen, das ihre Absenzen entschuldige, und die Beklagte erklärte, sie erachte andernfalls das Fernbleiben der Klägerin 1 als Arbeitsverweigerung. Die Beklagte verwarnte die Klägerin 1 ausdrücklich und behielt sich die fristlose Kündigung vor für den Fall, dass sie ihre Absenz nicht unverzüglich, d.h. bis Mittwoch, 1. Dezember 2004, ausreichend begründen könne. Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die Klägerin 1 mit Zuschrift ihres Vertreters vom 15. Dezember 2004 darauf hinwies, dass sie als Schwangere gemäss Art. 35a Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (ArG; SR 822.11) berechtigt sei, auf blosse Anzeige hin der Arbeit fernzubleiben und dass sie ebenso wegen Erkrankung
eines Kindes - wie dies bei ihr der Fall gewesen sei - der Arbeit fernbleiben dürfe. Die Beklagte bestreitet zu Recht nicht grundsätzlich, dass Schwangere nach dieser Bestimmung ihre Abwesenheit vom Arbeitsplatz dem Arbeitgeber lediglich anzuzeigen brauchen (Urteil 4C.271/2000 vom 15. Februar 2001, E. 2b, publ. in Pra 2001 Nr. 137 S. 817). Die Beklagte hatte, wie gesehen, ihre Verwarnung vom 29. November 2004 damit begründet, dass die Klägerin 1 "ohne handfeste Begründung" der Arbeit ferngeblieben sei, und hatte die fristlose Kündigung für den Fall in Aussicht gestellt, dass die Klägerin 1 kein Arbeitszeugnis beibringen würde, das ihre Absenzen entschuldige. Die Klägerin 1, welche im Schreiben vom 15. Dezember 2004 auf die Rechtmässigkeit ihrer Absenzen hinwies, musste die Verwarnung nicht auf allfällige nicht rechtzeitige Mitteilungen ihrer Absenzen beziehen. Die Vorinstanz hat die Verwarnung vom 29. November 2004 für den von der Beklagten angeführten Kündigungsgrund, dass die Klägerin 1 ihre jeweiligen Abwesenheiten nicht rechtzeitig mitgeteilt oder angezeigt habe, zutreffend unberücksichtigt gelassen.
3.4 Die Beklagte rügt, die Vorinstanz habe Art. 337 OR in Verbindung mit Art. 32 OR verletzt, indem sie den Zugang der Verwarnung vom 15. Februar 2005 an den Vertreter der Klägerin 1 nicht dieser angerechnet habe. Die Vorinstanz hat die Zustellung der Verwarnung an den Vertreter zwar als gültig erachtet, aber angenommen, nach dem üblichen Geschäftsgang hätte die Klägerin 1 die Mitteilung ihres Vertreters erst am 17. Februar 2005 zur Kenntnis nehmen und ihr Verhalten entsprechend ändern können. Die Vorinstanz ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Verwarnung zum Ziel hat, die Arbeitnehmerin zu einer Änderung ihres Verhaltens zu bewegen, und dass daher die Klägerin 1 persönlich rechtzeitig Kenntnis von der Verwarnung erhalten musste und die Beklagte diesem Zweck entsprechend die Zeit der Übermittlung ihrer Verwarnung an die Klägerin 1 hätte berücksichtigen müssen. Die Ferienabwesenheit des Vertreters der Klägerin 1 blieb bei der Argumentation der Vorinstanz letztlich ohne Bedeutung. Die Erwägung der Vorinstanz ist entgegen der Ansicht der Beklagten nicht in sich widersprüchlich und verletzt insbesondere Art. 32 OR nicht. Die Vorinstanz ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Verwarnung ihre Wirkung erst am 17. Februar 2005
hätte entfalten können. Da die Beklagte zu diesem Zeitpunkt die fristlose Kündigung aussprach, hätte die Klägerin 1 ihr Verhalten jedenfalls vor Erklärung der Kündigung nicht mehr ändern können. Der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung beim Vertreter der Klägerin 1 ist im angefochtenen Entscheid nicht festgestellt. Insbesondere geht aus dem vorinstanzlichen Urteil nicht hervor, dass die Klägerin 1 noch Gelegenheit gehabt hätte, nach Kenntnis der Verwarnung ihre weitere Abwesenheit vom Arbeitsplatz anzuzeigen. Es ist daher von der verbindlichen Feststellung der Vorinstanz auszugehen, dass die Klägerin 1 nach Kenntnisnahme der Verwarnung keine Möglichkeit zur Änderung ihres Verhaltens hatte, bevor die Kündigung wirksam wurde.
4.
Art. 337c Abs. 3 OR sieht als Sanktion bei ungerechtfertigter fristloser Kündigung durch den Arbeitgeber eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen vor. Diese hat sowohl Strafcharakter als auch Genugtuungsfunktion und soll die durch ungerechtfertigte fristlose Kündigung erlittene Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers abgelten (BGE 123 III 391 E. 3b/cc und 3c S. 393 f.; 121 III 64 E. 3c S. 68; je mit Hinweisen). Sie hat sich entscheidend nach der Strafwürdigkeit des Verhaltens des Arbeitgebers, der Schwere der Persönlichkeitsverletzung, dem Mass der Widerrechtlichkeit der fristlosen Entlassung, der finanziellen Situation der Parteien und der Schwere eines Mitverschuldens des Arbeitnehmers zu richten. Die Höhe der Entschädigung wird vom Sachgericht nach pflichtgemässem Ermessen aufgrund der Umstände des Einzelfalls festgesetzt (BGE 123 III 246 E. 6a S. 255, 391 E. 3c S. 394, je mit Hinweisen). In aller Regel ist eine Entschädigung geschuldet. Nur wenn ausserordentliche Umstände vorliegen, die trotz ungerechtfertigter fristloser Kündigung

keine Strafzahlung zu Lasten des Arbeitgebers rechtfertigen, kann sie verweigert werden (BGE 121 III 64 E. 3c S. 69; 120 II 243 E. 3e S. 247; 116 II 300 E. 5a S. 301; vgl. zum Ganzen
auch BGE 129 III 380 nicht publ. E. 4.3; Urteil 4C.253/2005 vom 16. November 2005, E. 2.1).

Die Vorinstanz erachtete eine solche Strafzahlung in Höhe von rund eineinhalb Monatslöhnen als angemessen; sie reduzierte damit die entsprechende Entschädigung des Arbeitsgerichts um die Hälfte. Die Vorinstanz berücksichtigte dabei die Verwarnung der Klägerin 1 vom 8. Februar 2005, die Möglichkeit einer telefonischen Abwesenheitsmeldung, die Korrespondenz bezüglich unentschuldigten Absenzen und die Verwarnung von November 2004. Einen Grund, ausnahmsweise auf diese Entschädigung vollständig zu verzichten, hat die Vorinstanz damit im Rahmen ihrer Ermessenausübung entgegen der Ansicht der Beklagten zu Recht verneint.
5.
Soweit die Beklagte Einwände gegen die Lohnforderungen der Klägerin 1 (Fr. 8'969.60 netto) und die der Klägerin 2 zu leistende Zahlung (Fr. 2'560.75 netto) geltend macht, kann darauf insofern nicht weiter eingegangen werden, als die fristlose Entlassung als ungerechtfertigt beurteilt worden ist; vor der Vorinstanz hatte die Beklagte im Übrigen auch keine entsprechenden Einwendungen erhoben.
6.
Die Berufung ist als unbegründet abzuweisen. Da der Streitwert Fr. 30'000.– übersteigt, ist das Verfahren nicht kostenlos (vgl. Art. 343 OR). Dem Verfahrensausgang entsprechend ist die Gerichtsgebühr der Beklagten aufzuerlegen (Art. 153, 153a und 156 Abs. 1 OG), die zudem der anwaltlich vertretenen Klägerin 1 deren Parteikosten für das vorliegende Verfahren zu ersetzen hat (vgl. Art. 159 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Berufung wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird der Beklagten auferlegt.
3.
Die Beklagte hat die Klägerin 1 für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 15. Mai 2007
Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: