[AZA 0/2]
4C.192/2001/zga

I. ZIVILABTEILUNG
****

17. Oktober 2001

Es wirken mit: Bundesrichterin und Bundesrichter Walter,
Präsident, Klett, Ersatzrichter Geiser und Gerichtsschreiberin
Zähner.

_____

In Sachen
X._____ SA, Beklagte und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Diego F. Schwarzenbach, Via Stredas 4, Postfach 342, 7500 St. Moritz,

gegen
Y._____, Klägerin und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Urs Wehinger, Riesbachstrasse 52, 8008 Zürich,

betreffend
Arbeitsvertrag; Kündigung, hat sich ergeben:

A.- Y._____ wurde mit schriftlichem Arbeitsvertrag vom 11. Oktober 1994 von der X._____ SA als Geschäftsführerin der Boutique Z._____ angestellt. Dabei wurde ein Bruttolohn von Fr. 4'600.–, zuzüglich eines 13. Monatsgehaltes und einer Umsatzprovision von 2 % des Gesamtumsatzes der Boutique vereinbart. Weiter war vertraglich vorgesehen, dass Y._____ saisonal bedingte Mehrarbeit in der Zwischensaison kompensieren solle.

Y._____ trat die Stelle vereinbarungsgemäss im November 1994 an. Am 30. Juli 1998 kam es aufgrund von Differenzen über die Aufzeichnung der geleisteten Arbeitsstunden sowie der durch die Arbeitnehmerin bezogenen Ferien und Freitage zu einer Diskussion über eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die X._____ SA sandte Y._____ gleichentags per Fax eine Offerte zu einer einverständlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses. In diesem Antrag wurde unter anderem festgehalten, Y._____ schulde ihrer Arbeitgeberin noch Fr. 8'132.– aus zu viel bezogenen Ferien, im Übrigen seien die Parteien jedoch per Saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt. Als Y._____ die Erklärung nicht unterschrieben zurück faxte, versuchte ein Vertreter der X._____ SA sie im Geschäftslokal zu erreichen, was jedoch nicht möglich war, da sie zu ihrer Ärztin gegangen sei. Hierauf setzte sich der Vertreter der Arbeitgeberin mit dem Ehemann von Y._____ in Verbindung. Dieser erklärte, seine Frau unterschreibe den angebotenen Vergleichsvorschlag nicht, woraufhin die X._____ SA der Arbeitnehmerin fristlos kündigte.
Gleichentags wurde Y._____ von ihrer Hausärztin arbeitsunfähig geschrieben.

B.- Nachdem sich die Parteien über die Folgen der fristlosen Entlassung nicht einigen konnten, reichte Y._____ am 7. Juni 1999 beim Arbeitsgericht Zürich Klage gegen die X._____ SA ein. Das angerufene Gericht hiess die Klage mit Urteil vom 30. Mai 2000 teilweise gut und verurteilte die Beklagte im Wesentlichen zur Bezahlung von Fr. 52'224. 10 brutto bzw. Fr. 49'200. 90 netto nebst 5 % Zins. Auf kantonale Berufung der Beklagten hin bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich am 26. April 2001 diesen Entscheid.

C.- Dieses obergerichtliche Urteil ficht die Beklagte mit Berufung beim Bundesgericht an. Sie verlangt die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und die Abweisung der Klage.
Die Klägerin beantragt, die Berufung abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- a) Das Bundesgericht hat seiner Entscheidung im Berufungsverfahren die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz als wahr und vollständig zugrunde zu legen, es sei denn, diese beruhten auf einem offensichtlichen Versehen, seien unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen oder bedürften der Ergänzung, weil das Sachgericht in fehlerhafter Rechtsanwendung einen gesetzlichen Tatbestand nicht oder nicht hinreichend klärte, obgleich ihm entscheidwesentliche Behauptungen und Beweisanerbieten dazu prozesskonform unterbreitet worden waren (Art. 63 und 64 OG; BGE 127 III 248 E. 2c; 125 III 368 E. 3; 123 III 110 E. 2). Eine blosse Kritik an der Beweiswürdigung des Sachgerichts ist, soweit nicht Vorschriften des Bundesrechts in Frage stehen, von der Berufung ausgeschlossen (BGE 127 III 73 E. 6a; 126 III 10 E. 2b; 120 II 97 E. 2b).

b) Ein offensichtliches Versehen im Sinne von Art. 63 Abs. 2 OG liegt vor, wenn eine bestimmte Aktenstelle übersehen oder unrichtig (d.h. nicht in ihrer wahren Gestalt, insbesondere nicht mit ihrem wirklichen Wortlaut) wahrgenommen worden ist (BGE 115 II 399 E. 2a; 109 II 159 E. 2b; 104 II 68 E. 3b). Die versehentlich nicht oder nicht richtig wahrgenommene Aktenstelle muss sodann für die Beurteilung der gerügten Bundesrechtsverletzung erheblich sein (BGE 118 IV 88 E. 2b; 101 Ib 220 E. 1; Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, S. 138; Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Bd. II, N 5.1 zu Art. 63 OG).

Ein solches Versehen liegt entgegen der Ansicht der Beklagten nicht schon darin, dass die Vorinstanz nicht festgestellt hat, ob die Klägerin am Morgen oder am Nachmittag des 30. Juli 1998 bei ihrer Ärztin war. Die kantonalen Instanzen haben diesem Umstand vielmehr keinerlei rechtliche Bedeutung zugemessen und deshalb die Frage offen gelassen. Ob sie für den Ausgang des Rechtsstreites Bedeutung hat oder nicht, ist indessen keine Sachverhalts- sondern eine Rechtsfrage, welche im entsprechenden Zusammenhang zu prüfen sein wird.

2.- a) Aus wichtigen Gründen kann sowohl der Arbeitgeber wie auch der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis jederzeit fristlos auflösen (Art. 337 Abs. 1 OR). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann (Art. 337 Abs. 2 OR). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR). Ermessensentscheide überprüft das Bundesgericht an sich frei. Es übt dabei aber Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die hätten beachtet werden müssen. Es greift ausserdem in Ermessensentscheide ein, wenn sich diese als offensichtlich unbillig, d.h.
als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 126 III 266 E. 2b; 125 III 412 E. 2a; 123 III 10 E. 4c/aa).

Eine fristlose Entlassung ist 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. Anderseits müssen sie 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 127 III 153 E. 1a; 121 III 467 E. 4d; 117 II 560 E. 3b). Die Abmahnung hat zugleich Rüge- und Warnfunktion (Staehelin, Zürcher Kommentar, N. 10 zu Art. 337 OR). Bei leichteren Verstössen gegen die Arbeits- oder Treuepflicht muss die fristlose Kündigung zwar nicht in jedem Fall ausdrücklich angedroht werden, die Abmahnung kann ihren Warnzweck jedoch nur erfüllen, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer unmissverständlich klar macht, dass er die begangenen Fehler schwer gewichtet und dessen Wiederholung nicht sanktionslos hinzunehmen bereit ist. Eine fristlose Entlassung kann nur durch Umstände gerechtfertigt werden, welche vor der Kündigung eingetreten sind (BGE 121 III 467 E. 4).
Sie müssen aber der kündigenden Partei im Zeitpunkt der Kündigung noch nicht bekannt gewesen sein (BGE 127 III 310 E. 4a; 121 III 467 E. 5; 124 III 25 E. 3c). Insofern können in bestimmten Fällen auch vorbestehen-

de Umstände, die erst nach Ausspruch der fristlosen Kündigung entdeckt werden, zur Begründung derselben nachgeschoben werden.

b) Die Beklagte hat ihre fristlose Entlassung mit einer Vielzahl von Vorkommnissen begründet, welche alle ungefähr den gleichen Zeitpunkt betreffen.

aa) Die Beklagte wirft der Klägerin vor, sie habe ihr während sieben Monaten verschwiegen, dass sie an einer Krankheit leide, welche wiederholt zu Arbeitsausfällen führen könne. Die Beklagte verkennt den Umfang der aus dem Arbeitsverhältnis fliessenden Mitteilungspflicht. Aus der Treuepflicht der Arbeitnehmerin kann keine Verpflichtung hergeleitet werden, ihre Arbeitgeberin über das Auftreten von beliebigen Krankheiten zu informieren. Gesundheitsdaten gehören zu den besonders geschützten Personendaten (Art. 3 lit. c Ziff. 2 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz; DSG; SR 235. 1). Eine Offenlegung derartiger Informationen kann im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses höchstens verlangt werden, wenn es gilt, die Gesundheit der Parteien oder Dritter zu schützen. Eine solche Informationspflicht kann jedoch nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass die Arbeitgeberin daran interessiert ist, möglichst früh von der Möglichkeit krankheitsbedingter Absenzen zu erfahren.
Auch der Umstand, dass die Arbeitnehmerin eine leitende Stelle bekleidet, kann keine diesbezügliche Pflicht zur Auskunft begründen. Das Schweigen der Klägerin über ihre Krankheit vermag somit keinen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung darzustellen.
bb) Der Klägerin kann weiter nicht vorgeworfen werden, sie habe der Beklagten anlässlich des Telefongesprächs vom 30. Juli 1998 nicht sofort mitgeteilt, dass sie gleichentags zu 100 % arbeitsunfähig geschrieben worden sei.
Abgesehen davon, dass der angefochtene Entscheid keine Feststellungen darüber enthält, ob die Klägerin vor oder nach der Unterredung mit der Beklagten bei ihrer Ärztin war, ist ihr Verhalten verständlich. Unbestrittenermassen ging es im fraglichen telefonischen Gespräch um den seit Monaten schwelenden Konflikt über die Arbeits- bzw. Ferientage und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Dass bei einem solchen Gespräch die Arbeitnehmerin der Arbeitgeberin nicht mitteilt, dass ihre Ärztin sie krank geschrieben hat, ist nachvollziehbar. Auch eine zu 100 % arbeitsunfähig geschriebene Person ist zudem nicht verpflichtet, ihre Arbeit niederzulegen. Es lag damit in der freien Entscheidung der Arbeitnehmerin, ob sie an diesem Tag arbeiten wollte oder nicht.
Eine Verpflichtung, ihre Arbeitsunfähigkeit zu melden, bestand nur soweit, als sie tatsächlich der Arbeit fern bleiben wollte. Auch diesbezüglich hat somit die Vorinstanz zu Recht das Vorliegen eines wichtigen Grundes für eine Kündigung abgelehnt.

cc) Im Weiteren wirft die Beklagte der Klägerin vor, das Geschäft sei offenbar während des Arztbesuches am 30. Juli 1998 unbesetzt und damit geschlossen gewesen. Wie es sich damit tatbeständlich verhält, ist dem angefochtenen Entscheid wiederum nicht zu entnehmen. Dies ist angesichts der Bedeutungslosigkeit der Frage auch nicht notwendig. Es versteht sich von selbst, dass bei einem Einpersonenbetrieb, bei dem nur aushilfsweise eine andere Arbeitskraft zur Verfügung steht, in einem Einzelfall bei unvorhergesehenen Krankheitsfällen das Geschäft für eine kurze Zeit unbesetzt bleibt. Ein einmaliges Vorkommen eines derartigen Ereignisses kann keinesfalls eine fristlose Entlassung rechtfertigen, selbst wenn darin eine Vertragsverletzung der Arbeitnehmerin erblickt werden könnte. Anders wäre allenfalls zu entscheiden, wenn derartige Abwesenheiten mehrfach vorgekommen wären und die Arbeitgeberin die Arbeitnehmerin diesbezüglich verwarnt hätte. Da dies im angefochtenen Urteil weder festgestellt noch in der Berufungsschrift behauptet wurde, kann der Argumentation der Beklagten somit auch in diesem Punkt nicht gefolgt werden.

dd) Ob der Arztbesuch zu einem anderen Zeitpunkt stattgefunden hat, als die Klägerin gegenüber der Beklagten angegeben hat, nämlich am Nachmittag statt am Morgen des
30. Juli 1998, lässt sich den Feststellungen der Vorinstanz nicht entnehmen, ist aber unwesentlich. Das Verhältnis zwischen den Parteien war am fraglichen Tag von Anfang an sehr gespannt. Bereits seit einiger Zeit stritten sich die Parteien insbesondere über den Umfang der Ferientage. Die Arbeitgeberin machte in diesem Zusammenhang Forderungen aus zu viel bezogenen Ferien gegenüber der Arbeitnehmerin geltend.
Zudem wollte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis "einverständlich" auflösen. Dass in einer solchen Situation die Arbeitnehmerin mit allen ihre Person betreffenden Informationen eher zurückhaltend ist, versteht sich

von selbst.
Inwiefern die Arbeitgeberin ein legitimes Interesse haben könnte, den genauen Zeitpunkt des Arztbesuches zu kennen, hat diese nicht dargelegt.

ee) Zu Recht weist die Beklagte darauf hin, dass die einzelnen isolierten Ereignisse auch in ihrem Gesamtzusammenhang betrachtet werden müssen. Eine solche umfassende Würdigung hat die Vorinstanz vorgenommen. Sie hat die Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses analysiert, einschliesslich der saisonal bedingten Regelung der Arbeitszeiten. Das Urteil äussert sich sodann auch zum Grund des Zerwürfnisses zwischen den Parteien, nämlich den Arbeitszeitabrechnungen.
Das Obergericht hält fest, dass die Arbeitgeberin anhand der von der Arbeitnehmerin eingereichten Unterlagen feststellen konnte, wann das Geschäft geöffnet war und somit auch den Überblick über die Arbeitstätigkeit der Klägerin hatte. Zudem war es die Beklagte, welche bestimmte, wann das Geschäft während der Nebensaison geschlossen war. Der Beklagten war somit von Beginn an klar, wie viele Wochen die Boutique geöffnet war. Weiter hielt das Obergericht fest, die pauschalen Vorwürfe der Beklagten gegenüber der Klägerin, wie passives und unkooperatives Verhalten, Unredlichkeiten gegenüber den Vorgesetzten und der Arbeitgeberin, Disziplinwidrigkeiten usw. seien zu allgemein und zu unbestimmt, um überhaupt beachtlich sein zu können oder sie seien unbewiesen geblieben oder gar widerlegt worden. Zu Recht hat schliesslich das Obergericht die Ereignisse auf dem Hintergrund dieses Konfliktes beurteilt, bei dem die Beklagte der Klägerin während Monaten massive Vorwürfe machte, welche sich allesamt als haltlos erwiesen. Der Klägerin kann demzufolge aus ihrem Verhalten am besagten 30. Juli 1998 kein Vorwurf gemacht werden. Die Beklagte hat nichts nachgewiesen, was eine fristlose Vertragsauflösung ihrerseits rechtfertigen könnte.

3.- a) Erweist sich eine fristlose Entlassung als nicht gerechtfertigt, so kann das Gericht die Arbeitgeberin verpflichten, der Arbeitnehmerin eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen zu bezahlen (Art. 337c Abs. 3 OR). Die Höhe der Entschädigung wird in diesem Rahmen vom Sachgericht nach pflichtgemässem Ermessen auf Grund aller Umstände des Einzelfalls festgesetzt (BGE 123 III 246 E. 6a; 123 III 391 E. 3). Derartige Ermessensentscheide überprüft das Bundesgericht - wie bereits erwähnt - an sich frei, übt dabei aber Zurückhaltung (vgl. E. 2a).

b) Bei der Festsetzung der von der Beklagten zu bezahlenden Entschädigung erwog das Obergericht gleich wie das Arbeitsgericht mit Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung, die Entschädigung müsse so hoch ausfallen, dass es sich nicht lohne, fristlose Entlassungen auszusprechen. Die Pönalentschädigung soll der von der ungerechtfertigten Entlassung betroffenen Arbeitnehmerin zudem eine gewisse Genugtuung verschaffen. Das Obergericht hat sodann dem Umstand Rechnung getragen, dass die Beklagte auch nicht annähernd einen wichtigen Grund geltend machen konnte und die fristlose Entlassung die Arbeitnehmerin völlig unerwartet getroffen habe. Zudem sei für diese die fristlose Entlassung in den kleinräumigen Verhältnissen und mit Blick auf die - der Arbeitgeberin bekannten - angeschlagenen Gesundheit besonders belastend gewesen. Das Obergericht hat zudem das rücksichtslose Verhalten der Beklagten im Vorfeld der Kündigung beachtet.

c) Die Beklagte bringt in ihrer Berufungsschrift einzig vor, es hätten zureichende Gründe für eine fristlose Entlassung bestanden. Inwiefern sich die Vorinstanz bei ihrem Entscheid über die Höhe der Pönalentschädigung von unsachgemässen Kriterien hätte leiten lassen und dadurch ihr Ermessen missbraucht hätte, ist weder ersichtlich noch dargelegt.
Eine Bundesrechtsverletzung, wie sie die Beklagte behauptet, liegt nicht vor und das angefochtene Urteil ist zu bestätigen.

4.- Nach Art. 343 Abs. 3 OR sind arbeitsrechtliche Verfahren mit einem Streitwert bis zu Fr. 30'000.– kostenlos.
Im vorliegenden Verfahren übersteigt der Streitwert diese Grenze, weshalb Kosten erhoben werden. Dem Verfahrensausgang entsprechend hat die Beklagte die Gerichtsgebühr zu tragen und der Klägerin eine Entschädigung zu entrichten (Art. 156 und 159 OG).
Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich (I. Zivilkammer) vom 26. April 2001 bestätigt.

2.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'500.– wird der Beklagten auferlegt.

3.- Die Beklagte hat die Klägerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'500.– zu entschädigen.

4.- Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich (I. Zivilkammer) schriftlich mitgeteilt.

_____

Lausanne, 17. Oktober 2001

Im Namen der I. Zivilabteilung
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin: