

ZA 23 9

**Urteil vom 14. September 2023
Zivilabteilung**

Besetzung

Vizepräsidentin Barbara Brodmann, Vorsitz,
Oberrichter Franz Odermatt,
Oberrichterin Franziska Ledergerber,
Gerichtsschreiberin Jessica Mikic.

Verfahrensbeteiligte

A.___,

vertreten durch MLaw Raphael Zingg, Rechtsanwalt,
Anwaltschaftsgemeinschaft Luzern, Denkmalstrasse 2, Post-
fach 6869, 6000 Luzern 6,

Berufungskläger/Kläger,

gegen

B.___,

vertreten durch MLaw Nadine Linda Berchtold-Suter, LL.M.,
Rechtsanwältin, Lischer Zemp & Partner, Rechtsanwälte und
Notare, Haus zum Schwanen, Schwanenplatz 4,
6004 Luzern,

Berufungsbeklagte/Beklagte.

Gegenstand

Forderung aus Arbeitsvertrag

Berufung gegen den Entscheid des Kantonsgerichts Nidwal-
den, Zivilabteilung/Einzelgericht, vom 9. März 2023
(ZE 21 53).

Sachverhalt:

A.

A.____ («Berufungskläger/Kläger/Arbeitnehmer») arbeitete seit 15. September 2015 als Hilfsmonteur bei der B.____ GmbH («Berufungsbeklagte/Beklagte/Arbeitgeberin»), als die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis am 20. Juli 2020 ordentlich per 30. September 2020 kündigte. Mit Schreiben vom 18. August 2020 wurde der Berufungskläger fristlos entlassen. Nachdem die Parteien anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 25. November 2020 keine Einigung finden konnten, erhob der Berufungskläger am 15. März 2021 beim Kantonsgericht Nidwalden Klage gegen die Arbeitgeberin und beantragte, diese habe ihm Fr. 24'487.55 nebst Zins zu 5% ab dem 21. August 2020 zu bezahlen.

Mit Eingabe vom 4. Mai 2021 verlangte die Unia Arbeitslosenkasse («Unia») die Bezahlung von Fr. 1'236.80 nebst 5% Zins seit 30. Dezember 2020 und die Vereinigung mit dem Verfahren des Berufungsklägers. Sie hatte dem Berufungskläger für die Kontrollperiode 2020 eine entsprechende Arbeitslosenentschädigung ausgerichtet.

Mit Urteil ZE 21 53 vom 6. Februar 2023 («Urteil ZE 21 53») hiess das Kantonsgericht Nidwalden die Klage teilweise gut und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger netto Fr. 1'585.10 (Fr. 740.05 Restanz Nettolohn Juli 2020 ohne Kinderzulagen und Spesen; zuzüglich anerkannter Betrag von Fr. 845.05 [Weiterleitung Krankentaggelder der AXA]) nebst Zins zu 5% seit dem 21. August 2020 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wies das Kantonsgericht die Klage ab. Die Klage der Unia wurde ebenfalls abgewiesen.

B.

Hiergegen erhob der Berufungskläger am 26. Mai 2023 Berufung mit den Anträgen:

- «1. Der Entscheid des Kantonsgerichts Nidwalden vom 9. März 2023, ZE 21 53, Dispositiv Ziffern 1, 2 und 4, sei im Verhältnis zwischen dem Kläger 1 und der Beklagten aufzuheben und wie folgt zu ändern (unter Einschluss der erstinstanzlichen Kostenverlegung):
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Berufungskläger/Kläger 1
 - 2.1 den Betrag von netto CHF 11'216.00 i.S.v. Art. 337c Abs. 1 OR sowie
 - 2.2 den Betrag von CHF 7'000.00 i.S.v. Art. 337c Abs. 3 OR zu bezahlen, jeweils nebst Zins zu 5% seit dem 21. August 2020.
3. Eventualiter sei die Sache zur neuen Beurteilung im Sinne der Begründung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4. Subeventualiter sei die vorinstanzliche Kostenregelung gemäss Dispositiv Ziff. 4.3 im Sinne der Begründung aufzuheben und abzuändern.
5. Dem Berufungskläger sei für das Berufungsverfahren die vollumfängliche unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und es sei Rechtsanwalt Raphael Zingg als unentgeltlicher Rechtsbeistand einzusetzen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.»

C.

Mit Verfügung vom 14. Juni 2023 (P 23 6) wurde dem Berufungskläger die unentgeltliche Rechtspflege mit einem Kostendach von Fr. 2'500.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) gewährt.

D.

Mit Berufungsantwort vom 21. August 2023 beantragte die Berufungsbeklagte:

- «1. Die Berufung des Berufungsklägers vom 26. Mai 2023 sei abzuweisen, und der Entscheid des Kantonsgerichts Nidwalden sei zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zulasten des Berufungsklägers.»

E.

Es wurde kein zweiter Rechtsschriftenwechsel durchgeführt.

F.

Die vorinstanzlichen Akten wurden praxismässig beigezogen. Die Zivilabteilung des Obergerichts Nidwalden hat die vorliegende Streitsache anlässlich seiner Sitzung vom 14. September 2023 abschliessend beurteilt. Auf die Ausführungen der Parteien wird – soweit erforderlich – in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:

1.

1.1

Gegen erstinstanzliche Endentscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung zulässig, sofern der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 2 ZPO). Die Rechtsmittelbegehren belaufen sich auf einen Streitwert von netto Fr. 18'216.–, womit die Streitwertgrenze erreicht wird. Berufungsinstanz gegen Urteile des Kantonsgerichts Nidwalden, Einzelgericht, ist das Obergericht Nidwalden, Zivilabteilung (Art. 27 GerG [NG 261.1]), das in Dreierbesetzung entscheidet (Art. 22 Ziff. 2 GerG). Zur Berufung ist berechtigt, wer als Haupt- oder Nebenpartei am Verfahren beteiligt war, das zum angefochtenen Entscheid geführt hat (formelle Beschwerde), und überdies durch den angefochtenen Entscheid unmittelbar betroffen ist und ein Rechtsschutzinteresse an dessen Aufhebung oder Abänderung hat (materielle Beschwerde; vgl. PETER REETZ, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 30 ff. zu Vor Art. 308–318 ZPO). Der Berufungskläger hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch das angefochtene Urteil unmittelbar betroffen und damit zur Berufung berechtigt. Die Berufung ist innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Zustellung der Urteilsbegründung erfolgte am 27. April 2023. Die Berufung wurde fristgerecht am 30. Mai 2023 beim Obergericht Nidwalden eingereicht. Nachdem ein gültiges Anfechtungsobjekt vorliegt, die Berufung innert Frist eingereicht wurde sowie die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Berufung einzutreten.

1.2

Mit Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist und deshalb abgeändert werden müsste. Dazu hat sich der Berufungskläger inhaltlich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinandersetzen und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzuzeigen, woraus

sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Pauschale Verweisungen auf frühere Rechtsschriften oder Vorbringen genügen hierfür nicht (BGE 141 III 569 E. 2.3.3; 138 III 374 E. 4.3.1). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden. In diesem Rahmen ist auf die Parteivorbringen insofern einzugehen, als sie für die Entscheidungsfindung relevant sind.

1.3

1.3.1

Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Praxisgemäss ist zwischen echten und unechten neuen Vorbringen (sog. Noven) zu unterscheiden. Echte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die (erst) nach dem Ende der Hauptverhandlung des erstinstanzlichen Verfahrens entstanden sind. Sie sind im Berufungsverfahren grundsätzlich immer zulässig, wenn sie ohne Verzug nach ihrer Entdeckung vorgebracht werden. Unechte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die bereits bei Ende der erstinstanzlichen Hauptverhandlung entstanden waren. Ihre Zulassung wird im Berufungsverfahren weitergehend insofern eingeschränkt, als sie ausgeschlossen sind, wenn sie bei Beachtung zumutbarer Sorgfalt bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten vorgebracht werden können. Im Falle unechter Noven hat die Berufungsklägerin namentlich die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (BGE 143 III 42 E. 4.1 m.w.H.). Ein zureichender Grund für das Vorbringen eines unechten Novums kann darin liegen, dass der angefochtene Entscheid dazu Anlass gegeben hat. Dies kann namentlich der Fall sein, wenn die erste Instanz ihrem Entscheid eine Rechtsauffassung zugrunde gelegt hat, mit der die Berufungsklägerin nicht hat rechnen müssen und deren Widerlegung nur durch neue Beweismittel möglich ist, wobei Eventualerwägungen oder obiter dicta nicht in Betracht fallen. Davon zu unterscheiden ist der Fall des Vorlegens neuer Beweismittel, die bloss aufzeigen sollen, dass die Beweiswürdigung der ersten Instanz auf Grund des ihr vorliegenden Beweismaterials unzutreffend war. Hierfür gelten die allgemeinen Regeln (BGE 139 III 466 E. 3.4; MARTIN H. STERCHI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, 2012, N. 10 zu Art. 317 ZPO). Auch das Vorliegen dieses Grundes hat derjenige darzulegen, der sich darauf beruft (Urteil des Bundesgerichts 2C_3/2021 vom 23. März 2021 E. 3.2).

1.3.2

Der Berufungskläger hat im Berufungsverfahren den Lohnausfall in der hypothetischen Kündigungsfrist neu berechnet, ohne sich mit den Berechnungen der Vorinstanz oder seinen erstinstanzlich angeführten Berechnungen auseinanderzusetzen (Berufung, E. 11). Die Zulassung von Noven im Berufungsverfahren ist, wie soeben ausgeführt, nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Dass die Voraussetzungen im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO für und die neuen Tatsachen vorliegend erfüllt wären, wird vom Berufungskläger weder behauptet noch belegt. Sie sind im vorliegenden Verfahren nicht zu berücksichtigen.

2.

Unbestritten ist, dass der Berufungskläger ab dem 15. September 2015 bei der Berufungsbeklagten als Hilfsmonteur tätig war, die Parteien am 14. Juli und am 20. Juli 2020 jeweils ein Gespräch führten, der Berufungskläger das ordentliche Kündigungsschreiben vom 20. Juli 2020 am Folgetag erhielt und ihm mit Schreiben vom 18. August 2020 zusätzlich fristlos gekündigt wurde. Unbeanstandet geblieben ist die erstinstanzliche Feststellung, wonach der Berufungskläger wegen Rückenschmerzen vom 15. bis 24. Juli 2020 arbeitsunfähig und damit die am 20. Juli 2020 ausgesprochene Kündigung nichtig war (Urteil E. 5.5.5, S. 21).

Strittig ist, ob die Vorinstanz zu Recht die fristlose Kündigung als gerechtfertigt erachtet hat. Wie sich nachfolgend zeigen wird, kann sich das Obergericht den Erwägungen der Vorinstanz nicht vollends anschliessen.

3.

Der Arbeitgeber kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen (Art. 337 Abs. 1 OR). Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Arbeitgeber nach Treu und Glauben nicht mehr möglich ist, das Arbeitsverhältnis bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin fortzusetzen (Art. 337 Abs. 2 OR). Das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien muss also derart gestört sein, dass die sofortige und fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses als einziger Ausweg erscheint (BGE 117 II 560 E. 3b, 116 II 142 E. 5c).

Als ausserordentliche Massnahme ist die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses nur mit grosser Zurückhaltung zuzulassen. Eine fristlose Entlassung ist einzig 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 andererseits auch tatsächlich dazu geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (BGE 142 III 579 E. 4.2; 130 III 28 E. 4.1, 213 E. 3.1; 129 III 380 E. 2.1). Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere von der Stellung und Verantwortung des Arbeitnehmers sowie von der Natur und Dauer des Vertragsverhältnisses (BGE 142 III 579 E. 4.2; 116 II 145 E. 6a; Urteil des Bundesgerichts 4A_7/2018 vom 18. April 2018 E. 4.2.2). Eine fristlose Entlassung muss als «ultima ratio» oder «Notventil», mithin als einziger Ausweg aus einer verfahrenen Situation erscheinen. Ihre Zulässigkeit darf nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden. Sie untersteht damit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und ist ausgeschlossen, wenn dem Kündigenden mildere Massnahmen zur Verfügung stehen, um die eingetretene Störung des Arbeitsverhältnisses in zumutbarer Weise zu beheben, beispielsweise durch ordentliche Kündigung, Ergreifen von vertraglich vorgesehenen Disziplinar massnahmen, Versetzung an einen anderen Arbeitsplatz oder Abmahnung des Arbeitnehmers (BGE 117 II 560 E. 3b; Urteil des Bundesgerichts 8C_242/2020 vom 9. September 2020 E. 6.6; ADRIAN STAEHELIN: in: Zürcher Kommentar Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 330b–355, Art. 361–362 OR, 4. Aufl. 2013, N. 4 zu Art. 337 OR). Je kürzer die Kündigungsfrist ist, umso gewichtiger muss der angeführte Grund sein, um zur fristlosen Kündigung zu berechtigen (Urteil des Bundesgerichts 4A_625/2016 vom 9. März 2017 E. 3.2). Ist der fristlosen Kündigung bereits eine ordentliche vorausgegangen und damit das Ende des Arbeitsverhältnisses absehbar, sind die Anforderungen an den wichtigen Grund zusätzlich erhöht (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N 2 zu Art. 337 OR).

Die Beweislast für die Tatsachen, aus welchen die Berechtigung zur ausserordentlichen Kündigung abgeleitet wird, obliegt in Anwendung von Art. 8 ZGB der Partei, welche die Kündigung erklärt hat. Ist dieser Beweis nicht erbracht, so ist die ausserordentliche Kündigung ungerechtfertigt (STAEHELIN, a.a.O., N. 42 zu Art. 337 OR). Über das Vorhandensein solcher Kündigungsgründe entscheidet der Richter nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR). Gemäss Art. 4 ZGB hat er dabei seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen, wozu sämtliche für den Entscheid wesentlichen Umstände des Einzelfalls zu würdigen sind. Zu berücksichtigen sind dabei insbesondere die Stellung und die Verantwortung des Arbeitnehmers im Betrieb, die Art und die Dauer des Arbeitsverhältnisses, die Länge der ordentlichen Kündigungsfrist sowie die Natur und die Tragweite der dem Arbeitnehmer vorgeworfenen

Verfehlungen (Urteil des Bundesgerichts 4C.114/2002 vom 10. Juli 2012 E. 2.3; BGE 116 II 145 E. 6a). Im vorliegenden Fall hatte die Berufungsbeklagte zu beweisen, dass sie dem Berufungskläger wegen einem wichtigen Grund fristlos kündigte.

4.

4.1

4.1.1

Die Arbeitgeberin begründete die fristlose Kündigung in ihrem Schreiben vom 18. August 2020 (vi-KB1 9) wie folgt:

«Wir haben Ihren Arbeitsvertrag am 20. Juli 2020 gekündigt.

Am 27. Juli erhielten wir die beiden Arztzeugnisse. Das eine Rückwirkend per 15. Juli 2020 bis 25. Juli 2020 und das zweite Arztzeugnis einer Praxis in X. ab 25. Juli für 14 Tage! genau für die Zeit, in welcher wir Ihnen die kurzfristige Anfrage für Ferien ablehnen mussten!

Seit dem 10. bleiben Sie wieder unentschuldigt der Arbeit fern, was uns zur fristlosen Auflösung des Arbeitsvertrages veranlasst.

Die definitive Schlussabrechnung betreffend Lohn, Krankentaggeld und Ferien können wir erst nach Abklärung des Sachverhaltes, Krank oder Ferien, durch die AXA-Versicherung erstellen.»

4.1.2

Im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens führte die Berufungsbeklagte erstmals an, es sei aufgrund der zweifelhaften Arztzeugnisse und dem WhatsApp Status der Ehefrau vom 28. Juli 2020 klar gewesen, dass der Berufungskläger in der verweigerten Ferienwoche, wie bereits im Jahr zuvor, mit der Familie Strandferien gemacht habe (Stellungnahme/Klageantwort vom 6. Juli 2021 N. 9 f.; vi-BB 10, vgl. auch vi-PBP B, S. 5, Frage 20).

4.1.3

Rechtsprechungsgemäss ist das Nachschieben eines Kündigungsgrundes nur zulässig, wenn der betreffende Umstand bei der Kündigung weder bekannt war noch bekannt sein konnte. Dies schliesst ein Nachschieben für den Fall aus, dass der Kündigende im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung zwar von einem weiteren Umstand Kenntnis hat, diesen aber aus irgendwelchen Gründen nicht als Kündigungsgrund nennt (Urteil des Bundesgerichts 4A_109/2016 vom 11. August 2016 E. 5.1).

Vorliegend hatte die Arbeitgeberin im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung bereits den Verdacht, dass der Berufungskläger Ferien in Italien machte und sie war im Besitz des als zweifelhaft

bezeichneten (ersten) Arztzeugnisses von med. pract. C.____ vom 25. Juli 2020. Entgegen der vorinstanzlichen Meinung vermögen diese Argumente die fristlose Kündigung vom 18. August 2020 nicht zu begründen, da – wie vorerwähnt –, das Nachschieben dieser Gründe unzulässig war.

4.2

Selbst wenn diese Gründe zu berücksichtigen wären, könnte der Vorinstanz nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, die ärztlichen Zeugnisse von «Dr. C.____» seien mangelbehaftet und zum Nachweis der Arbeitsunfähigkeit untauglich. So könne dem am 24. Juli 2020 ausgestellten Arztzeugnis nicht entnommen werden, ob die Arbeitsverhinderung unfall- oder krankheitsbedingt gewesen sei. Auch die Reputation des Arztes sei fraglich, weil er trotz des angebrachten Stempels «med. pract.» als «Dr. C.____» unterzeichnet habe. Analoges gelte für die Arztzeugnisse vom 7. August 2020 und 4. September 2020. Da der Arzt am 24. Juli 2020 eine direkt an das letzte Arztzeugnis der Gruppenpraxis Y.____ anschliessende Arbeitsunfähigkeit bescheinige, bestehe Erklärungsbedarf. Die Überweisung der Gruppenpraxis Y.____ an «Dr. C.____» sei nicht auf deren ärztlichen Rat erfolgt. Der Arbeitnehmer vermöge mit den vorgelegten Arztzeugnissen von «Dr. C.____» den Nachweis, dass er durch Krankheit unverschuldet an der Arbeitsleistung verhindert gewesen sei, nicht zu erbringen. Indem der Berufungskläger ab Montag, 28. Juli 2020, und auch nach den Betriebsferien am Montag, 15. August 2020, unentschuldigt nicht zur Arbeit erschienen sei, habe er seine Arbeitspflicht verletzt. Zusätzlich habe er seine aus der allgemeinen Treuepflicht im Sinne von Art. 321a Abs. 1 OR resultierende (Neben-)Pflicht verletzt, die Arbeitgeberin über den Grund seiner Abwesenheit auf dem Laufenden zu halten und damit klare Verhältnisse zu schaffen. Abgesehen von den beweisuntauglichen Arztzeugnissen von «Dr. C.____» habe die Arbeitgeberin ab dem 25. Juli 2020 bis zur fristlosen Kündigung keine Informationen erhalten. Der Berufungskläger war insgesamt während mehr als einer Woche unentschuldigt vom Arbeitsplatz ferngeblieben. Eine vorgängige Verwarnung seitens der Arbeitgeberin sei unter diesen Umständen nicht erforderlich gewesen. Die fristlose Kündigung vom 18. August 2020 sei gerechtfertigt gewesen (Urteil E. 6.4.3 in fine).

4.3

4.3.1

Der Berufungskläger machte zunächst geltend, es könne für die Glaubwürdigkeit des Arztzeugnisses keine Rolle spielen, ob auf dem handschriftlichen (und in der Regel rasch) ausgefüllten Arztzeugnis nach «Unfall» oder «Krankheit» differenziert werde. Aufgrund der Vorgeschichte sei er offensichtlich wegen Krankheit verhindert gewesen. Auch bestehe keine «Unklarheit über die Reputation» des Arztes med. pract. C.__. Mit dem offiziellen Titel «med. pract.» gemäss Stempel sei ausreichend belegt, dass es sich um eine zum Ausstellen eines Attests befugte ärztliche Fachperson handle. Der handschriftliche Zusatz «Dr.» schmälere den materiellen Gehalt des Attests nicht. Da er nach Erhalt der Kündigung vom 20. Juli 2020 zu den hausärztlich bescheinigten Rückenproblemen psychische Probleme gehabt habe, sei auch erklärbar, weshalb ab diesem Zeitpunkt die spezialisierte Praxis die Zeugnisse ausgestellt habe. Auch gebe es weitere Belege und Indizien (vi-KB1 24, 25 und 29), welche die handschriftlichen Zeugnisse von med. pract. C.__ untermauerten. Die vorinstanzliche Auffassung, diese Belege würden nichts über die tatsächliche Situation des Berufungsklägers zur Zeit der ausgesprochenen fristlosen Kündigung aussagen, weil sie im Juli 2020 und August 2020 und im Juli 2021 erstellt worden sind, sei nicht nachvollziehbar. Es liege in der Natur der Sache, dass bei Bedarf ausführlichere Berichte zu Händen von Versicherungen und anderen Institutionen zu einem späteren Zeitpunkt in Ergänzung zu den echtzeitlichen, aber unbegründeten Attesten erstellt werden würden. Es werde insbesondere nochmals ausdrücklich auf die durch die zahlende Krankentaggeldversicherung in Auftrag gegebene fachärztliche Abklärung (Plausibilisierung der Arbeitsunfähigkeit Dr. D. __ vom 15. September 2020; vi-KB1 29) hingewiesen. Diese untermauere von unabhängiger Seite die durch med. pract. C. __ einwandfreie attestierte Arbeitsunfähigkeit.

4.3.2

Das Arztzeugnis ist eine Urkunde, die Auskunft über den Gesundheitszustand bzw. Arbeitsfähigkeit einer Person gibt. Es muss vom behandelnden Arzt unter Beachtung der ärztlichen Schweigepflicht wahrheitsgemäss ausgefüllt werden. Arztzeugnisse werden i.R. in Form eines vorgedruckten blauen Zettels, der von der Ärztin ausgefüllt wird, vorgelegt oder detailliert in Briefform. Dem Arztzeugnis kommt kein absoluter Beweiswert zu. Der Richter darf sich über den in einem ärztlichen Zeugnis enthaltenen Befund hinwegsetzen, wenn sich aus den Umständen ergibt (vor allem aus dem Verhalten des Arbeitnehmers während der angeblichen Arbeitsunfähigkeit), dass die Arbeitsunfähigkeit nicht bestand. Der Umstand, dass das Zeugnis

keine Angaben über die Gründe der Arbeitsunfähigkeit enthält, reicht dazu aber nicht aus. Das Arztzeugnis stellt lediglich eine Parteibehauptung dar (u.a. Urteile des Bundesgerichts 4P.101/2005 vom 9. Juni 2005 E. 6; 8C_619/2014 vom 13. April 2015 E. 3.2.1, WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, in: Widmer-Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, N. 25 zu Art. 324a OR). Zweifelt der Arbeitgeber begründeterweise an der Richtigkeit eines Zeugnisses, so kann er auf seine Kosten vom Arbeitnehmer eine vertrauensärztliche Untersuchung verlangen (PORTMANN/RUDOLPH, in: a.a.O., N. 25 zu Art. 324a OR).

4.3.3

Laut Medizinalberuferegister (MedReg) verfügt med. pract. C.____ seit dem 4. Dezember 2007 über ein eidgenössisches Diplom. Alle in Medizinalberuferegister eingetragenen Medizinalpersonen sind unabhängig von ihrem jeweiligen Diplomtyp berechtigt, ihren Beruf in der Schweiz auszuüben. Im vorliegenden Fall praktiziert med. pract. C.____ unter der fachlichen Verantwortung des Psychiaters Dr. med. E.____. Allein die Tatsache, dass med. pract. C.____ die blauen Mustervorlagen, die üblicherweise von Arztpraxen verwendet werden, mit «Dr.» statt «med. pract.» unterzeichnete, genügt nicht, um deren Inhalt anzuzweifeln. Anhaltspunkte dafür, dass der fachverantwortliche Psychiater Dr. med. E.____ und/oder med. pract. C.____ dafür bekannt sind Gefälligkeitszeugnisse auszustellen, wurden weder behauptet noch sind solche ersichtlich (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_64/2008 vom 14. April 2008 E. 3.4). Sodann explorierte die von der Krankentaggeldversicherung beauftragte Psychiaterin Dr. D.____ den Berufungskläger am 7. September 2020 und bestätigte in ihrem Bericht «Plausibilisierung Arbeitsunfähigkeit» die von med. pract. C.____ attestierte Arbeitsunfähigkeit des Berufungsklägers ab 15. Juli 2020 – wenn auch mit anderer Diagnose – und bis zum Austritt [Beendigung des Arbeitsverhältnisses] (vi-KB1 29). Dass die Arbeitgeberin trotz der angeführten Zweifel ebenfalls eine vertrauensärztliche Untersuchung verlangt hat, ist nicht aktenkundig. Ob die ärztlich attestierte Arbeitsunfähigkeit krankheits- oder unfallbedingt ist, mag zwar versicherungsrechtlich relevant sein, ist ansonsten aber ohne massgebliche Aussagekraft, so auch im vorliegenden Fall. Die Überweisung des Hausarztes (Gruppenpraxis Y.____) am 22. Juli 2020 an die Facharztpraxis nach X.____ erfolgte «wegen psychischer Belastungssituation in der Familie und bei der Arbeit», verbunden mit der Bitte um einen kurzen Bericht (vi-KB1 23). Gleichentags bescheinigte der Hausarzt dem Berufungskläger eine vollständige Arbeitsunfähigkeit per 15. Juli 2020 bis 24. Juli 2020 (vi-KB1 7). Med. pract. D.____ attestierte dem Berufungskläger mit Arztzeugnis vom 24. Juli 2020 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit ab 25. Juli 2020 (vi-KB1 7). Inwiefern bei dieser Ausgangslage Erklärungsbedarf besteht, erschliesst sich nicht. Nach der

Überweisung war konsequenterweise die Facharztpraxis für die Bescheinigung der fort dauernden Arbeitsfähigkeit zuständig. Schliesslich ist auch nicht aussergewöhnlich, dass der Hausarzt an eine vom Patienten präferierte Facharztpraxis überweist. Im vorliegenden Fall gar, mit Blick auf die wenig irakstämmigen bzw. kurdisch sprechenden Medizinalpersonen in der Schweiz (vgl. MedReg), durchaus nachvollziehbar. Auch wenn der unbestrittene Italienaufenthalt ab dem 26. Juli 2020 durchaus gewisse Zweifel aufkommen lassen, vermochte die Arbeitgeberin weder die Beweisuntauglichkeit der Arztzeugnisse noch die Arbeitsfähigkeit des Berufungsklägers im erforderlichen Masse zu beweisen. Schliesslich ist daran zu erinnern, dass die Arbeitgeberin – wäre ihr der Nachweis der Arbeitsfähigkeit des Berufungsklägers gelungen – auch hätte belegen müssen, dass der Berufungskläger bewusst ein unzutreffendes Arztzeugnis als Vorwand benutzte, um unter Umständen eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen (Urteil des Bundesgerichts 4A_140/2009 vom 12. Mai 2009 E. 5.4).

Im Ergebnis erweisen sich die von med. pract. C. __ ausgestellten Arztzeugnisse für die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit als beweistauglich. Demzufolge vermag der Berufungskläger mit den vorgelegten Arztzeugnissen den Nachweis zu erbringen, dass er durch Krankheit unverschuldet an der Arbeitsleistung verhindert gewesen ist. Ob die Arbeitgeberin im Zeitpunkt der Entlassung um die Verhinderung des Berufungsklägers wusste, ist unerheblich (Urteil des Bundesgerichts 4A_521/2016 vom 1. Dezember 2016 E. 2.2.3). Die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung rechtfertigt keine fristlose Entlassung (Art. 337 Abs. 3 OR).

4.4

Ebensowenig würde das nachgeschobene Fehlverhalten eine fristlose Kündigung rechtfertigen. Nach Lehre und Rechtsprechung ist das einmalige unentschuldigte Fernbleiben vom Arbeitsplatz zu wenig schwerwiegend, als dass eine fristlose Entlassung ohne vorgängige Verwarnung gerechtfertigt wäre (Urteil des Bundesgerichts 4C.222/2003 vom 2. September 2003 E. 2.2). Dass der Berufungskläger im fast fünfjährigen Arbeitsverhältnis je, insbesondere aber im Zusammenhang mit dem hier zu beurteilenden Sachverhalt verwarnt worden wäre, ist nicht aktenkundig. Der Berufungsbeklagten wäre es unter den gegebenen Umständen zumindest objektiv zuzumuten gewesen, den Berufungskläger abzumahnern und ihn anzuhalten sich zu melden bzw. zur Arbeit zu erscheinen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_140/2009 vom 12. Mai 2009 E. 5.2 mit weiteren Verweisen). Dies umso mehr, als dass es sich nicht um einen leitenden Angestellten handelte, aber um einen guten Arbeiter (vi-KB1 18). Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Anforderungen an den wichtigen Grund bei einer bereits

vorausgegangenen ordentlichen Kündigung zusätzlich erhöht sind (vgl. oben, E. 3). Aus Sicht der Arbeitgeberin war die Kündigung vom 20. Juli 2020 gültig.

4.5

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die von der Berufungsbeklagten ausgesprochene fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses vom 18. August 2020 ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes gemäss Art. 337 OR erfolgt und daher nicht gerechtfertigt war. Nach Art. 337c Abs. 1 OR hat der Berufungskläger in einem solchen Fall Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist beendet worden wäre. Erstinstanzlich machte der Berufungskläger eine Forderung von Fr. 24'487.55 netto zuzüglich Zins zu 5% seit 21. August 2020 geltend. Zugesprochen wurden ihm rechtskräftig wegen nichtiger Kündigung eine Lohnnachzahlung von Fr. 1'585.10 zuzüglich Zins zu 5% seit 21. August 2020. Aufgrund des erstinstanzlichen Verfahrensausganges musste sich die Vorinstanz nicht weiter mit den Forderungen des Berufungsklägers wegen fristloser Entlassung auseinandersetzen. Nachdem jedoch die fristlose Kündigung durch die Berufungsbeklagte ohne wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR erfolgte, ist die Sache an die Vorinstanz zum Entscheid über die entgeltlichen Folgen der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung gemäss Art. 337c Abs. 1 und 3 OR zurückzuweisen, da ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO). Die Zivilabteilung des Obergerichts sieht davon ab, über die geltend gemachten entgeltlichen Ansprüche des Berufungsklägers zu befinden, um einerseits den Instanzenzug nicht zu verkürzen und andererseits das Ermessen der Vorinstanz in Bezug auf den Entscheid über die entgeltlichen Ansprüche des Berufungsklägers nicht zu beschneiden. Dies hat zur Folge, dass die Rechtsmittelinstanz nicht festlegen kann, in welchem Umfang der Berufungskläger mit seinem Hauptbegehren im Berufungsverfahren obsiegt, was wiederum dazu führt, dass über die Verlegung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens die Vorinstanz nach Massgabe ihres Entscheides in der Sache zu befinden hat (dazu nachstehende E. 5).

5.

5.1

Im Falle eines Rückweisungsentscheids kann die obere Instanz die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Angesichts dessen, dass die Vorinstanz noch die Folgen der ungerechtfertigten fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Berufungsbeklagte gemäss Art. 337c Abs. 1 und 3

OR zu beurteilen hat und nicht absehbar ist, in welchem Umfang der Berufungskläger mit seiner Forderung durchzudringen vermag, rechtfertigt es sich, den Entscheid über die Verlegung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens der Vorinstanz zu überlassen, um insbesondere das Recht der Parteien auf Wahrung des vollen Instanzenzuges nicht zu beschneiden (PETER REETZ/SARAH HILBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016, N. 24 f. und 61 zu Art. 318 ZPO). In ihrem Entscheid wird die Vorinstanz auch den Umfang des Obsiegens des Berufungsklägers im vorliegenden Berufungsverfahren festlegen können und gestützt darauf wird sie die Prozesskosten des Berufungsverfahrens entsprechend dem Prinzip des Obsiegens und Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO) verteilen müssen. Infolgedessen sind lediglich die Höhe der Gerichtsgebühr und der Parteientschädigungen für das vorliegende Berufungsverfahren festzulegen; deren konkrete Verteilung und Liquidation ist der Vorinstanz für den Endentscheid zu überlassen.

5.2

Im Entscheidverfahren werden bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– keine Gerichtskosten gesprochen (vgl. Art. 114 lit. c ZPO). Zum Entscheidverfahren zählen auch allfällige kantonale Rechtsmittelverfahren (anstelle vieler: VIKTOR RÜEGG/MICHAEL RÜEGG, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2017, N. 2 zu Art. 114 ZPO).

Demnach sind für das vorliegende Verfahren keine Gerichtskosten geschuldet.

5.3

5.3.1

Ausgangsgemäss hat die Berufungsbeklagte dem Berufungskläger auch für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). Im Berufungsverfahren beträgt das ordentliche Honorar 20 bis 60 Prozent des für das Verfahren vor erster Instanz zulässigen Honorars, bemessen nach dem noch strittigen Betrag, mindestens jedoch Fr. 500.– (Art. 43 Prozesskostengesetz [PKoG; NG 261.2]). Zum Honorar hinzu kommen die Auslagen und Mehrwertsteuer (Art. 52 ff. PKoG). Bei einem Streitwert von Fr. 18'216.– beträgt das ordentliche Honorar für das Verfahren vor erster Instanz 2'000.– bis Fr. 8'000.– (Art. 42 Abs. 1 Ziff. 3 PKoG). Somit liegt der Honorarraum im Berufungsverfahren zwischen Fr. 400.– bis Fr. 4'800.–.

5.3.2

Der berufungsklägerische Rechtsvertreter Zingg machte mit Kostennote vom 30. August 2023 ein Honorar im Betrag von Fr. 3'190.70 (Honorar Fr. 2'934.80.– [13.34 Std. à Fr. 220.–], Auslagen Fr. 27.80, 7.7% MWSt Fr. 228.10) geltend. Das geltend gemachte Honorar liegt innerhalb des gesetzlichen Honorarrahmens, erscheint aber dem Umfang und der Schwierigkeit der Sache nicht angemessen (s. Art. 33 PKoG). Es fand ein einfacher Schriftenwechsel statt, es wurden keine neuen Beweise abgenommen und das Verfahren wurde schriftlich geführt. Der berufungsklägerische Rechtsvertreter war bereits vor erster Instanz mit der Vertretung des Berufungsklägers betraut, weshalb ihm die Sach- und Aktenlage hinlänglich bekannt war. In Berücksichtigung dieser Aspekte wird das Honorar ermessensweise auf Fr. 2'500.– (10 Std. à Fr. 250.–) festgesetzt. Hinzukommen die ausgewiesenen Auslagen von Fr. 27.80 sowie die Mehrwertsteuer von Fr. 194.65, was einem Betrag von Fr. 2'722.45 entspricht.

Angesichts des Verfahrensausgangs wird die Entschädigung für den bewilligten unentgeltlichen Rechtsbeistand hinfällig.

5.3.3

Die berufungsbeklagte Rechtsvertreterin Berchtold-Suter machte mit Kostennote vom 5. September 2023 ein Honorar im Betrag von Fr. 2'587.50 (Honorar Fr. 2'587.50 [10.35 Std. à Fr. 250.–], Auslagen Fr. 5.30, 7.7% MWSt Fr. 199.65) geltend. Das geltend gemachte Honorar liegt innerhalb des gesetzlichen Honorarrahmens und erscheint der Sache angemessen (s. Art. 33 PKoG).

Demgemäss erkennt das Obergericht:

1. In Gutheissung der Berufung vom 26. Mai 2023 wird das Urteil ZE 21 53 des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Einzelgericht, vom 9. März 2023 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Für das Berufungsverfahren wird die Parteientschädigung des Berufungsklägers auf Fr. 2'722.45 (inkl. Auslagen und MWSt) für die Berufungsbeklagte auf Fr. Fr. 2'587.50 (inkl. Auslagen und MWSt) festgesetzt.

Über die Verteilung und Liquidation der Parteientschädigungen im vorliegenden Berufungsverfahren hat das Kantonsgericht Nidwalden im Rahmen der Neuurteilung zu entscheiden.

4. [Zustellung]

Stans, 14. September 2023

OBERGERICHT NIDWALDEN

Zivilabteilung

Die Vizepräsidentin

lic. iur. Barbara Brodmann

Die Gerichtsschreiberin

MLaw Jessica Mikic

Versand: _____

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen** seit Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen eingereicht werden (Art. 72 ff. i.V.m. Art. 90 ff. BGG, insb. Art. 93 BGG). Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angeführten Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Für den Fristenlauf gelten die Art. 44 ff. BGG. Der Streitwert beläuft sich auf Fr. 18'216.–.