

GR_GERICHTE ZF 2008 54 vom 9. September 2008

GR Gerichte, 2008-09-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZF 2008 54](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZF_2008_54)

FR: GR_GERICHTE ZF 2008 54 du 9 septembre 2008

IT: GR_GERICHTE ZF 2008 54 del 9 settembre 2008

Regeste

Forderung aus Arbeitsvertrag | OR Arbeitsvertrag

Erwägungen

E. 2

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. MwSt. zulasten der Beklagten.“ C. Am 3. September 2007 reichte B. beim Bezirksgericht Plessur die Prozesseingabe ein. Darin reduzierte sie die gemäss Leitschein geforderte Entschädi-

E. 3

gung nach Art. 337c OR von Fr. 7'500.-- auf Fr. 6'000.--, machte jedoch dafür zusätzlich zum eingeforderten Lohn für die Zeit von Januar bis August 2007 einen anteiligen Anspruch am 13. Monatslohn in Höhe von Fr. 1'609.-- geltend. Mit Prozessantwort vom 25. September 2007 liess A. die vollumfängliche Abweisung der Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin beantragen. B. verzichtete mit Schreiben vom 12. Oktober 2007 auf eine Stellungnahme. D. Mit Urteil vom 8. Mai 2008, mitgeteilt am 11. Juni 2008, erkannte das Bezirksgericht Plessur: „1. A. wird verpflichtet, der B. CHF 13'547.80 zuzüglich Zins zu 5 % ab dem

E. 4

G. Anlässlich der Hauptverhandlung vor dem Kantonsgericht von Graubünden vom 9. September 2008 waren beide Parteivertreter anwesend. Es wurden keine Einwände gegen die Zuständigkeit und Zusammensetzung des Gerichts erhoben. Vorfragen seitens der Rechtsvertreter zum Beweisverfahren gab es keine. Unter Vorbehalt des berufungsklägerischen Antrages auf Zulassung der mit Beurteil vom 8. Mai 2008 abgelehnten Beweisurkunde (Einstellungsverfügung vom 8./9. Januar 2008 in Sachen Strafklage B.) konnte das Beweisverfahren in der Folge geschlossen werden, und die Parteivertreter erhielten Gelegenheit, sich zu äussern. Beide Rechtsvertreter gaben eine schriftliche Ausfertigung ihres Vortrages zu den Akten. Auf die Ausführungen der Parteivertreter zur Begründung ihrer Rechtsbegehren sowie auf die Erwägungen im vorinstanzlichen Urteil wird, soweit erforderlich, im Folgenden eingegangen Die Zivilkammer zieht in Erwägung : 1. a) Gegen Urteile der Bezirksgerichte über vermögensrechtliche Streitigkeiten im Betrag von über Fr. 8'000.-- kann Berufung an das Kantonsgericht ergriffen werden (Art. 218 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 1 ZPO). Dieser Berufungsstreitwert ist im vorliegenden Fall erreicht. Die Zuständigkeit des Kantonsgerichts von Graubünden zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache als Berufungsinstanz ist damit gegeben. Eine Berufung ist innert der preemtorischen Frist von 20 Tagen seit der schriftlichen Mitteilung des Urteils zu erklären und hat die formulierten Anträge auf Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und der Beurteile sowie neue Einre-

den, soweit solche noch zulässig sind, zu enthalten (Art. 219 Abs. 1 ZPO). Die Berufung von A. vom 30. Juni 2008 gegen das Urteil des Bezirksgerichts Plessur vom

E. 8

der Arbeits- oder Treuepflicht zu verstehen. Wiegt die Verfehlung weniger schwer, kann sie nur eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu Folge haben, wenn sie trotz Verwarnung wiederholt erfolgte (vgl. Wolfgang Portmann, a.a.O., N 3 zu Art. 337 OR mit Hinweis auf BGE 127 III 313; Manfred Rehbinder, a.a.O., N 2 zu Art. 373 OR S. 123). Weniger gewichtige Vorkommnisse, die für sich allein eine fristlose Kündigung nicht rechtfertigen, können in Verbindung mit anderen Vorfällen einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR darstellen (vgl. Wolfgang Portmann, a.a.O., N 3 zu Art. 337 OR mit Hinweis auf BGer JAR 1999, 274). Der angeführte Kündigungsgrund muss erstens objektiv geeignet sein, das Vertrauensverhältnis endgültig zu zerstören und zweitens tatsächlich diese Wirkung haben, was vom subjektiven Empfinden des Kündigenden abhängt. Objektiv schwerwiegende Vorfälle, die vom Betroffenen subjektiv nicht als gravierend empfunden werden, berechtigen daher nicht zur fristlosen Kündigung (vgl. Adrian Staehelin, a.a.O., N 3 zu Art. 337 OR S. 614 mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung). Die ausserordentliche Kündigung muss schliesslich innert angemessener Frist nach Kenntnis des Kündigungsgrundes ausgesprochen werden. Als angemessene Frist kommen in der Regel zwei bis drei Arbeitstage, in Ausnahmefällen eine Woche in Betracht. Wer in Kenntnis des wichtigen Grundes mit der fristlosen Kündigung länger zuwartet und den Arbeitnehmer weiter beschäftigt, gibt damit zu erkennen, dass ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht unzumutbar ist. Wer also den wichtigen Grund nicht sofort in einer Kündigungserklärung aufgreift, hat sein Recht auf ausserordentliche Kündigung verwirkt (vgl. Wolfgang Portmann, a.a.O., N 13 zu Art. 337 OR mit Hinweisen auf BGE 127 II 315, BGer JAR 1994, 223, BGE 93 II 19, BGer JAR 2002, 267; Manfred Rehbinder, a.a.O., N 16 zu Art. 337 OR mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung; Adrian Staehelin, a.a.O., N 3 zu Art. 337 OR, S. 614, N 35 zu Art. 337 OR mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung). Ob wichtige Gründe vorliegen, beurteilt das Gericht nach freiem Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR), wobei alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind, insbesondere die Stellung und Verantwortung des Arbeitnehmers, die Art und Dauer des Vertragsverhältnisses sowie die Natur und Schwere der Verfehlungen (vgl. Wolfgang Portmann, a.a.O., N 4 zu Art. 337 OR mit Hinweis auf BGE 127 III 313; Manfred Rehbinder, a.a.O., N 1 und N 2 S. 125 zu Art. 337 OR). a) Die Berufungsklägerin stützt die fristlose Vertragsauflösung zunächst mit der Behauptung, B. habe anfangs 2007 im Geschäft einen aus der Boutique stammenden Gurt HTC im Verkaufswert von Fr. 519.-- getragen, ohne diesen be-

E. 9

zahlt zu haben. Dies sei auch der Shopleiterin V. aufgefallen. In der Folge habe sie (A.) die Arbeitnehmerin zur Rede gestellt und in Anwesenheit von V. mündlich verwarnet. Infolgedessen sei es am 12. Januar 2007 zu einem Gespräch zwischen ihr und B. gekommen, dessen Inhalt in einer Gesprächsnotiz festgehalten und von letzterer gegengezeichnet worden sei. Diese Schilderung wird im Wesentlichen auch von V. bestätigt. Zwar konnte die Zeugin nicht sagen, ob A. eine mündliche Verwarnung gegenüber der Berufungsklägerin ausgesprochen hat (vgl. act. VI.3., S. 4). V. führte jedoch vor dem Bezirksgerichtspräsidenten aus, sie habe bemerkt, dass B. einen Gurt aus der Boutique getragen habe, dessen Verkauf nirgends registriert und welcher nicht bezahlt

gewesen sei. A. habe dies ebenfalls festgestellt und daraufhin ein Gespräch mit B. geführt, worauf letztere den Gurt im Laufe des Monats Januar 2007 bezahlt habe (vgl. act. VI.3., S. 2 unten f.). Entsprechend wird von Seiten der Berufungsklägerin denn auch nicht bestritten, dass sie einen Gurt aus dem Geschäft getragen habe, ohne diesen direkt zu bezahlen. Dass B., wie von der Berufungsklägerin behauptet, ein Kleidungsstück aus dem Geschäft genommen und getragen hat, obschon sie es (noch) nicht bezahlt hatte, ist mithin ausgewiesen. Dazu bleibt jedoch festzuhalten, dass die Arbeitnehmerin den besagten Gurt nach der Unterredung mit ihrer Chefin vom 12. Januar 2007 schliesslich am 22. Januar 2007 bezahlt hat (vgl. bB 1). Dabei lassen die Angaben der Zeugin V. darauf schliessen, dass es unter dem Verkaufspersonal anscheinend nicht unüblich war, Kleidungsstücke aus dem Geschäft mit nach Hause zu nehmen und diese – wie bei der Berufungsbeklagten geschehen – erst zu einem späteren Zeitpunkt zu bezahlen. Die Shopleiterin gab nämlich anlässlich ihrer Zeugenbefragung vor dem Bezirksgerichtspräsidium zu Protokoll, dass infolge der Besprechung zwischen den Parteien ein Buch erstellt worden sei, in welchem jene Gegenstände eingetragen worden seien, welche das Personal zwar mit nach Hause genommen, indes nicht sofort bezahlt habe (vgl. act. VI.3., S. 3 unten). Wurde der Gegenstand in der Folge zurückgebracht, so führte V. weiter aus, habe man wiederum einen Eintrag erstellt oder das Kleidungsstück sei bezahlt worden (vgl. act. VI.3., S. 3 unten). Offenbar bestand also sogar die Möglichkeit, mitgenommene, aber noch nicht bezahlte Ware wieder zurückzugeben. Unter diesen Umständen kann aber das Verhalten der Berufungsbeklagten in Zusammenhang mit dem Gurt schon aus objektiver Sicht nicht als schwerwiegend eingestuft werden und war damit nicht geeignet, das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien endgültig zu zerstören. Dass der Vorfall mit dem Gurt von A. offensichtlich auch subjektiv nicht als gravierend empfunden wurde, ergibt sich sodann aus ihrem weiteren Verhalten gegenüber der Arbeitnehmerin. Wesentlich erscheint nämlich, dass die Berufungs-

E. 10

klägerin am 29. Januar 2007 und damit nur rund zwei Wochen nach dem Gespräch vom 12. Januar 2007 respektive nur eine Woche nach Bezahlung des Gurtes einen neuen Arbeitsvertrag mit B. abgeschlossen hat. Augenscheinlich hat somit die Arbeitgeberin das Verhalten von B. nicht als derart schwerwiegend angesehen, dass es zur Zerstörung ihres Vertrauens gegenüber der Arbeitnehmerin geführt hätte. Vielmehr hat sie ihr weiterhin Vertrauen geschenkt. Andernfalls hätte sie wohl kaum lediglich zwei Wochen nach dem dargelegten Vorfall die Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmerin vereinbart und zwar im Vergleich zum früheren Anstellungsvertrag auch noch zu besseren Konditionen für B. (vgl. kB 1 insb. Ziff. 10,12 und kB 2). Nichts anderes ergibt sich denn auch aus der Tatsache, dass A. nach Kenntnisnahme des beanstandeten Verhaltens anfangs Januar 2007 mehr als drei Monate zugewartet hat, bevor sie schliesslich am 4. Mai 2007 die fristlose Kündigung gegenüber B. ausgesprochen hat. Mit dem langen Zuwarten und der Weiterbeschäftigung der Berufungsbeklagten hat sie nämlich klar zu erkennen gegeben, dass ihr die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses weiterhin zumutbar und das Vertrauen zur Arbeitgeberin nach wie vor gegeben war. Der Vorfall mit dem Gurt erscheint nach dem oben Gesagten somit weder objektiv derart schwerwiegend, dass er geeignet war, das Vertrauensverhältnis endgültig zu zerstören, noch hat er – wie der kurz darauf abgeschlossene neue Arbeitsvertrag und der lange Zeitablauf bis zur fristlosen Kündigung zeigen – subjektiv tatsächlich diese Wirkung gehabt. Er vermag mithin entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin die ausserordentliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht zu rechtfertigen. b) Zur

Begründung der fristlosen Vertragsauflösung beruft sich A. des Weiteren darauf, dass B. ihre Anweisungen bezüglich Kundenbetreuung und Management nicht beachtet habe. So habe die Arbeitnehmerin trotz klarer Anweisungen die Kundenkartei nicht korrekt geführt. aa) Dazu ist vorweg festzuhalten, dass sämtliche Tatsachen, auf die sich die Parteien stützen, in den Rechtsschriften enthalten sein müssen (Art. 87 Abs. 3 ZPO in Verbindung mit Art. 82 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO, Art. 118 ZPO; vgl. dazu auch Giuseppe Nay, Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Graubünden, M. 1986, Anm. 1c zu Art. 82 ZPO mit Hinweisen; PKG 1976 Nr. 22, Erw. 2b. S. 82;). Der Vorwurf der Berufungsklägerin, dass B. ihre Anweisungen betreffend Kundenbetreuung und Management nicht beachtet beziehungsweise die Kundenkartei nachlässig geführt habe, wird jedoch in der Prozessantwort nicht erwähnt. Die entsprechende Behauptung ist folglich nicht zu hören.

E. 11

bb) Im Übrigen vermöchte die Berufungsklägerin, selbst wenn der Vorwurf der Nachlässigkeit betreffend Führung der Kundenkartei zu berücksichtigen wäre, damit keinen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR darzulegen. Zwar wird durch die Aussagen von V. bestätigt, dass die Kundenkartei nicht gut nachgeführt worden ist. So habe sie feststellen müssen, dass B. wiederholt Kundinnen nicht erfasst habe (vgl. act. VI.3, S. 2). Die Zeugin stellte jedoch auf Ergänzungsfrage von Rechtsanwalt Fryberg gleichzeitig klar, dass die Kundenkartei anhand der Quittungen nachgeführt werden konnte (vgl. act. V.I.3, S. 4). Auch wenn die Nachlässigkeit der Arbeitnehmerin betreffend Kundenkartei klar als Fehlverhalten zu würdigen ist, muss daher davon ausgegangen werden, dass dieses keine negativen Folgen für das Geschäft nach sich gezogen hat. Entsprechend ist das dargelegte Verhalten der Arbeitnehmerin objektiv nicht als derart schwerwiegend einzustufen, dass es ihre fristlose Entlassung zu rechtfertigen vermöchte. Wohl bleibt einzuräumen, dass - wie oben dargelegt - bei wiederholtem Vorkommen trotz vorgängiger Abmahnung auch weniger schwerwiegende Verfehlungen einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 337 OR darstellen können. Das von der Berufungsklägerin behauptete Fehlverhalten der Arbeitnehmerin in Zusammenhang mit der Führung der Kundenkartei erscheint jedoch gerade im Hinblick auf dessen Auswirkungen als derart geringfügig, dass es selbst bei vorgängiger Abmahnung keine fristlose Kündigung zu stützen vermöchte. Abgesehen davon ist das beanstandete Verhalten betreffend Kundenkartei weder in der Gesprächsnotiz vom 12. Januar 2007 erwähnt, womit es entgegen der Annahme der Zeugin V. (vgl. act. V.I.3, S. 2) offenbar auch nicht Thema dieser Besprechung war, noch liegen andere Akten vor, welche eine diesbezügliche Abmahnung belegen würden. Die von der Berufungsklägerin ausgesprochene fristlose Kündigung erschiene also ohnehin nur gerechtfertigt, wenn das geltend gemachte Fehlverhalten als gravierend einzustufen wäre, was jedoch aus den dargelegten Gründen eben gerade nicht der Fall ist. Hinsichtlich der beanstandeten Nachlässigkeit von B. in Zusammenhang mit der Führung der Kundenkartei würde es folglich, selbst wenn der Vorwurf zu hören wäre, an den Voraussetzungen für die Bejahung eines wichtigen Grundes für eine fristlose Vertragsauflösung fehlen. c) Als weiteren wichtigen Grund für die ausserordentliche Kündigung führt A. sodann an, die Arbeitnehmerin habe einer Kundin auf privater Basis eine Jeans aus der Boutique zum Spezialpreis verkaufen wollen. Die Kundin sei am 4. Mai 2007 in der Boutique erschienen und habe eine Jeans gekauft, wobei sie geäussert habe, dass sie nur deshalb einen regulären Kauf tätige, weil B. nicht anwesend sei. Sie hätte mit B. abgemacht, dass sie anlässlich dieses Boutiquebesuches die Jeans von B. auf privater

Basis abkaufen würde.

E. 12

Auf die Frage, ob B. ihr angeboten habe, ein paar Jeans zu ihrem eigenen Einkaufspreis zu verkaufen, hielt die betreffende Kundin, O., jedoch ausdrücklich fest: „Das stimmt nicht. In dieser Form hat sie dies mit Bestimmtheit nicht gesagt.“ Wohl bleibt diesbezüglich die Aussage von V. zu berücksichtigen, wonach sich eine Person bei ihr in der Boutique dahingehend geäußert habe, dass sie ein Kleidungsstück von B. zum Verkauf offeriert erhalten habe (vgl. act. VI.3., S. 3). Dass die betreffende Kundin von B. - wie es die Berufungsklägerin geltend macht - ein konkretes Verkaufsangebot über eine Hose aus der Boutique zum Spezialpreis erhalten hat, geht jedoch aus den Aussagen von V. nicht hervor. Vielmehr führte die Zeugin V. selbst aus, dass die Kundin ihr gegenüber keine genaueren Angaben gemacht habe (vgl. act. VI.3., S. 2) und bestätigte zudem, dass letztere beim gleichen Besuch in der Boutique eine Hose zum regulären Preis gekauft habe (vgl. act. VI.3., S. 2 und 4). Überdies wurde dieser Vorwurf gegenüber B., wie dargelegt, auch von der betreffenden Kundin selbst klar und mit Bestimmtheit verneint, wobei keinerlei Gründe ersichtlich sind, deren Angaben in Zweifel zu ziehen. Dies um so weniger, als O. überdies erklärend ausführte, dass sie im Geschäft von A. eine Hose anprobiert habe, wobei sie von B. bedient worden sei und diese Hose dann auch tatsächlich gekauft habe. B. habe ihr schliesslich gesagt, dass sie zu Hause noch eine Hose habe, die ihr auch passen würde. Wie die Zeugin dabei weiter glaubhaft klarstellte, sei dies jedoch kein Thema mehr gewesen und sie habe mit der gekauften Hose das Geschäft verlassen (vgl. act. VI.1, S. 2). Entsprechend den zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz fehlt es folglich am rechtsgenügenden Nachweis für das behauptete Fehlverhalten von B., womit die Berufungsklägerin auch diesbezüglich keinen wichtigen Kündigungsgrund im Sinne von Art.337 OR darzulegen vermag. d) Zur weiteren Begründung der fristlosen Vertragsauflösung macht die Berufungsklägerin schliesslich geltend, die Berufungsbeklagte habe Kaffee, welcher für die Boutique bestimmt gewesen sei, im Preis von Fr. 100.-- für sich mitgenommen, ohne diesen zu bezahlen. V. hat zwar gemäss eigenen Aussagen festgestellt, dass die Kaffeekasse nicht stimmte. Gleichzeitig hielt sie allerdings fest, dass mehrere Personen Kaffee konsumierten, wobei das ganze System auf Vertrauensbasis beruht habe. Wenn jemand eine Stange Kaffee mit nach Hause genommen habe, so habe er diese bezahlen müssen. Eine Kontrolle habe dabei jedoch nicht stattgefunden. Sie wisse daher auch nicht, wer sich hinsichtlich des von ihr festgestellten Mankos in der Kaffeekasse falsch verhalten habe (vgl. act. VI.3., S. 3). Hatten aber laut Aussagen der Shopleiterin offenbar mehrere Mitarbeiter unkontrollierten Zugang zum Kaffee, so wäre es jeder dieser Personen möglich gewesen, Kaffee-

E. 13

stangen für sich zu entnehmen, ohne dafür zu bezahlen. Demgemäss konnte auch die Zeugin V. nicht sagen, auf wessen Fehlverhalten das von ihr festgestellte Manko in der Kasse zurückzuführen war. Dass es die Berufungsbeklagte war, welche Kaffee für sich entnommen und mangels entsprechender Bezahlung den Fehlbetrag in der Kasse zu verantworten hat, ist demzufolge nicht ausgewiesen. Vielmehr spricht die bei den Akten liegende Quittung (bB 3) entgegen der Behauptung der Berufungsklägerin gerade dafür, dass B. den mitgenommenen Kaffee vergütet hat. Daraus geht nämlich klar hervor, dass die Berufungsbeklagte am 4. Mai 2005 mit der Maestro-Karte - wie von ihr auf beiliegendem Blatt unterschriftlich bestätigt - einen Beitrag von Fr. 100.-- in die Boutiquenkasse

einbezahlt hat, welcher in der Folge von V. entnommen und in die Kaffeekasse einbezahlt worden ist. Angesichts dessen fehlt es somit auch hinsichtlich des Vorwurfs betreffend ungerechtfertigter Kaffee- entnahme am Nachweis eines die fristlose Entlassung rechtfertigenden Grundes. e) Wie sodann der Vollständigkeit halber anzuführen ist, beruft sich A. zu Recht nicht auf die im Schreiben vom 15. Mai 2007 erhobenen Vorwürfe betreffend despektierlicher Äusserungen gegenüber einer Kundin und abschätziger Bemerkungen über das Geschäft und die Arbeitgeberin gegenüber Dritten (vgl. kB 5, Ziff. 4 und 5). Diese Vorwürfe sind nämlich in den Rechtsschriften nicht erwähnt und damit - wie weiter oben ausgeführt - im Prozess nicht zu berücksichtigen, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist. Zusammenfassend bleibt somit festzuhalten, dass weder die Behauptung, B. habe einer Kundin eine Hose zum Spezialpreis angeboten noch der Vorwurf der ungerechtfertigten Kaffeeentnahme ausgewiesen ist. Das weitere Vorbringen von A., die Berufungsbeklagte habe die Kundenkartei nicht korrekt geführt, ist sodann aus den oben dargelegten Gründen nicht zu hören und wäre im Übrigen auch bei Berücksichtigung lediglich als geringfügige Verfehlung zu werten, welche selbst bei vorgängig erfolgter Verwarnung keinen hinreichenden Grund für die fristlose Auflösung des Vertrages bieten würde. Von den seitens der Berufungsklägerin zur Begründung der fristlosen Kündigung angeführten Gründen ist folglich einzig das Fehlverhalten der Berufungsbeklagten bezüglich des Vorfalls mit dem Gurt Anfangs Januar 2007 ausgewiesen. Dieses erscheint jedoch, wie oben ausgeführt, bereits in objektiver Hinsicht nicht gravierend und wurde – worauf der lange Zeitablauf bis zur fristlosen Entlassung und die Erneuerung und Fortführung des Arbeitsverhältnisses schliessen lassen - von der Arbeitgeberin offenbar auch subjektiv nicht so empfunden. Stellt aber der Vorfall mit dem Gurt somit keinen wichtigen Grund für die fristlose Entlassung der Berufungsbeklagten dar und sind im Nachgang zur Gesprächsnotiz vom 12. Januar 2007 keine weiteren Verstösse nachgewiesen, so kann auch

E. 14

offenbleiben, ob diese Gesprächsnotiz als Verwarnung im Sinne der Rechtsprechung zu qualifizieren ist. Angesichts dessen steht nämlich fest, dass sich die Berufungsklägerin unabhängig vom Vorliegen einer Verwarnung auf keine Gründe zu stützen vermag, welche die fristlose Entlassung von B. rechtfertigen würden. Wie die Vorinstanz zu Recht erwogen hat, war die fristlose Auflösung des Arbeitsvertrages demzufolge ungerechtfertigt. 4. Entlässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund, so hat dieser Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR). Der Schaden des Arbeitnehmers berechnet sich also nach dem Lohn, der in dieser Zeit, das heisst, bis zur ordnungsgemässen Beendigung des Arbeitsverhältnisses angefallen wäre (vgl. Manfred Rehbinder, a.a.O., N 2 zu Art. 337 c OR, S. 159; Wolfgang Portmann, a.a.O., N 2 zu Art. 337c OR). Daran muss sich der Arbeitnehmer jedoch anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart und was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat (Art. 337c Abs. 2 OR). Falls der Arbeitnehmer im Berechnungszeitraum eine neue Stelle übernommen hat, ist folglich nur noch eine allfällige Lohndifferenz geschuldet. Was er absichtlich, etwa aus Bequemlichkeit, zu verdienen unterlassen hat, ist zur Vermeidung einer Bereicherung ebenfalls in Abzug zu bringen (vgl. Adrian Staehelin, a.a.O., N 10 zu Art. 337c OR). Während des Berechnungszeitraums besteht die Pflicht, sich – vornehmlich durch Eingabe auf Stelleninserate - aktiv um eine

zumutbare anderweitige Arbeitsstelle zu bemühen (vgl. Manfred Reh- binder, a.a.O., N 5 zu Art. 337c OR, S. 162; Adrian Staehelin, a.a.O., N 11 zu Art. 337c OR). Die Beweislast für anrechenbaren (unterlassenen) Verdienst trifft den Arbeitgeber, währenddem der Arbeitnehmer seine Bemühungen um zumutbare Ar- beit zu belegen hat (vgl. Manfred Reh- binder, A.a.O., N 5 zu Art. 337c OR S. 162; Adrian Staehelin, a.a.O., N 25 zu Art. 337c OR, S. 25 f.). a) Die fristlose Entlassung erfolgte am 4. Mai 2007. Die Vorinstanz ist gestützt auf den Arbeitsvertrag vom 29. Januar 2007 (kB 2) von einer Kündigungs- frist von drei Monaten ausgegangen. Gemäss diesem Arbeitsvertrag beträgt die Kün- digungsfrist im 1. Anstellungsjahr allerdings lediglich zwei Monate. Erst ab dem 2. Anstellungsjahr gilt eine Kündigungsfrist von drei Monaten. Stellt man wie die Vor- instanz allein auf den Arbeitsvertrag vom 29. Januar 2007 ab, wäre demzufolge von einer Kündigungsfrist von lediglich zwei Monaten auszugehen, zumal die fristlose Auflösung des Arbeitsvertrags vom 29. Januar 2007 bereits am 4. Mai 2007 und damit noch innert des 1. Anstellungsjahres erfolgte. Da es auf die Dauer des Ar-

E. 15

beitsverhältnisses und nicht auf die Dauer des dem Arbeitsverhältnis zugrunde lie- genden Arbeitsvertrages ankommt, sind jedoch alle Vertragszeiten beim selben Ar- beitgeber zusammenzurechnen, also auch frühere Arbeitsverhältnisse trotz gewis- ser Unterbrüche. Für die Annahme eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses ist näm- lich der Gesichtspunkt der Betriebstreue entscheidend. Entsprechend scheiden ein- zig völlig andersgeartete Vertragsverhältnisse für eine Anrechnung aus (vgl. Man- fred Reh- binder, a.a.O., N 3 zu Art. 335c OR; Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, a.a.O. N 5 zu Art. 335c OR). Hier bleibt folglich zu berücksichtigen, das gestützt auf den Anstellungsvertrag vom 16. Januar 2004 (kB 1) bereits seit 12. Januar 2004 ein gleichgeartetes Arbeitsverhältnis zwischen B. und A. bestand, wobei zwischen dem ersten Anstellungsvertrag und dem nachfolgend abgeschlossenen Arbeitsvertrag vom 29. Januar 2007 nicht einmal eine Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses er- folgte. Es erscheint daher angezeigt, die Dauer des vorgängigen Arbeitsverhältnis- ses ab Januar 2004 für die Bestimmung der Kündigungsfrist anzurechnen. Dauerte das Arbeitsverhältnis aber somit mehr als ein Jahr, so ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz von einer Kündigungsfrist von drei Monaten auszugehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass laut Vertrag jeweils auf Ende eines Kalendermonates gekündigt werden kann. Ausgehend vom Zeitpunkt der fristlosen Kündigung am 4. Mai 2007 hätte das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist von drei Monaten und der vereinbarten Kündigungstermine somit frühestens per Ende Au- gust 2007 aufgelöst werden können. B. hat folglich Anspruch auf Lohnersatz für den Zeitraum von Mai 2007 bis August 2007, also für vier Monate. Gemäss Arbeitsvertrag vom 29. Januar 2007 erhielt B. einen Basislohn von monatlich Fr. 2'100.-- zuzüglich 2 % Provision auf den eigenen Verkaufsumsatz. Für die Ermittlung des hypothetischen Lohnes während der genannten Zeitspanne sind sämtliche Lohnbestandteile, das heisst unter anderem auch vertraglich vereinbarte Erfolgsvergütungen zu berücksichtigen (vgl. Manfred Reh- binder, a.a.O., N 3 zu Art. 337c OR). Die Vorinstanz hat mithin bei der Ermittlung des Lohnersatzanspruches entgegen dem Einwand des Berufungsklägers zu Recht nicht allein auf den Basis- lohn von Fr. 2'100.-- abgestellt, sondern die monatlich erzielten Umsatzbeteiligun- gen mitberücksichtigt. Da der erwirtschaftete Umsatz und damit auch die daran ge- knüpfte Provision jeden Monat variiert, ist bei entgangener Provision grundsätzlich darauf abzustellen, was in vergleichbaren Perioden zu einem früheren Zeitpunkt erwirtschaftet worden ist (vgl. dazu

Wolfgang Portmann, a.a.O., N 2 zu Art. 337c OR mit Hinweis auf BGE 125 III 17). In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist daher von den in den Vormonaten zuzüglich Provision erzielten Monatsgehältern auszugehen und gestützt darauf das Durchschnittseinkommen der vergangenen

E. 16

Monate zu ermitteln. Gemäss den bei den Akten liegenden Lohnabrechnungen erzielte B. in den vier Monaten von Januar 2007 bis April 2007 einschliesslich der monatlich variierenden Umsatzbeteiligung je einen Bruttolohn von Fr. 2'973.08 (kB 7), Fr. 2'712.40 (kB 8), Fr. 2'800.00 (kB 9) und Fr. 1'884.87 (kB 10), also gesamt- haft Fr. 10'370.35. Dies entspricht einem monatlichen Bruttoverdienst von durchschnittlich Fr. 2'592.60 (Fr. 10'370.35 : 4). Nach der Praxis des Kantonsgerichts ist bei Lohnforderungen im Urteilsdispositiv nicht der Bruttolohn, sondern der Nettolohn nach Abzug der vom Arbeitnehmer zu tragenden Sozialversicherungsbeiträge zuzusprechen (PKG 1990 Nr. 21; Urteile der Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden vom 22. Mai 2006 in Sachen B.I. gegen AG C.T. [ZF 05 39], S. 19 E. 5. lit. g; vom 5. Juli 2003 in Sachen B.R. gegen S.C. AG [ZF 05 23], S. 16/17 E. 4; vgl. Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, a.a.O., N 14 zu Art. 322 OR, S. 200/201). Die Beiträge für die Alters- und Hinterbliebenen-, die Invaliden- und Arbeitslosenversicherung (AHV/IV/ALV) sowie die Nichtbetriebunfallversicherung (NBUV) und die Erwerbsersatzordnung (EO) sind grundsätzlich in Abzug zu bringen und der Arbeitgeber hat seinen Anteil den Sozialwerken abzuliefern (vgl. dazu Manfred Rehbinder, a.a.O., N 6 zu Art. 337c OR). Die Prämien der beruflichen Vorsorge sind demgegenüber nicht abzuziehen, zumal das Vorsorgeverhältnis mit der fristlosen Entlassung geendet hat. Ebenfalls kein Abzug ist für die Beiträge an die Krankentaggeldversicherung vorzunehmen (vgl. Ullin Streiff/Adrian von Kaenel, a.a.O., N 15 zu Art. 337c OR). Gemäss den bei den Akten liegenden Lohnabrechnungen des Jahres 2007 sind somit vorliegend vom durchschnittlichen Bruttolohn von Fr. 2'592.60 6.05% (Fr. 156.85) für die AHV/ALV sowie ein Beitrag von 1.74 % (Fr. 45.10) für die NBUV, also insgesamt Fr. 201.95 (Fr. 156.85 + Fr. 45.10), in Abzug zu bringen, so dass von einem durchschnittlichen Nettolohn von monatlich Fr. 2'390.65 (Fr. 2'592.60 ./. Fr. 201.95) auszugehen ist. Dies entspricht hochgerechnet auf die vier Monate von Mai 2007 bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist Ende August 2007 einem entgangenen Verdienst von Fr. 9562.60 (4x Fr. 2'390.65). Davon bleibt noch der für den Monat Mai 2007 bereits ausbezahlte Lohnanteil von Fr. 200.95 abzuziehen, womit in Übereinstimmung mit der Berechnung der Vorinstanz ein Lohnersatzanspruch der Klägerin von Fr. 9'361.65 (Fr. 9'562.60 ./. Fr. 200.95) resultiert. b) Die Berufungsklägerin macht geltend, die Arbeitnehmerin habe sich nicht sofort und zu wenig um eine neue Arbeitsstelle bemüht. So habe sie absichtlich auf die Möglichkeit verzichtet, sofort eine Anstellung bei ihrer Mutter anzunehmen. Überdies sei ein Anspruch auf Schadenersatz nach Art. 337c Abs. 2 OR schon

E. 17

deshalb verwirkt, weil B. vor Vorinstanz zugegeben habe, dass sie einer Arbeitstätigkeit bei einer Freundin nachgegangen sei. Diese Vorwürfe sind unbegründet. Die in diesem Zusammenhang vor Vorinstanz als Zeugin vorgeladene Mutter der Berufungsbeklagten hat von ihrem Recht Gebrauch gemacht, die Aussage zu verweigern (vgl. act. VI.2). Die in der Prozessantwort erhobene Behauptung, wonach letztere anlässlich eines Telefongesprächs mit dem berufungsklägerischen Rechtsvertreter erklärt habe, ihre Tochter

hätte bei ihr sofort eine Arbeit erhalten können, bleibt mithin, wie von der Vorinstanz richtig erwogen, unbewiesen. Dasselbe gilt für den weiteren Einwand der Berufungsklägerin, wonach B. vor Schranken der Vorinstanz zugegeben habe, dass sie bei einer Freundin arbeiten konnte, ist doch in den Feststellungen der Vorinstanz, welche die Angaben der Klägerin anlässlich der formlosen Befragung wiedergeben, diesbezüglich nichts erwähnt. Vielmehr gab B. danach lediglich an, dass sie seit dem 15. Januar 2008 im Zwischenverdienst in der Boutique S. arbeite. Die Arbeitgeberin vermag somit weder darzulegen, dass es B. absichtlich unterlassen hat, sich umgehend um einen neuen Erwerb zu bemühen und so ihrer Schadensminderungspflicht gemäss Art. 337c Abs. 2 OR nachzukommen noch, dass sie durch anderweitige Arbeitstätigkeit während des Berechnungszeitraums einen anrechenbaren Verdienst erzielt hat. Auf der anderen Seite belegen die von der Berufungsbeklagten eingereichten Unterlagen, dass sie sich nach der fristlosen Kündigung direkt bei der Arbeitslosenkasse gemeldet (vgl. kB 12, kB 14) und sich in der Folge bei verschiedenen Arbeitgebern beworben hat, wobei sie allerdings nur Absagen erhielt (vgl. kB 15). Aufgrund der von der Berufungsbeklagten zu den Akten gegebenen Bewerbungsunterlagen ist folglich ausgewiesen, dass sich letztere aktiv und ernsthaft um eine neue Arbeitsstelle bemüht hat, womit eine Reduktion des Lohnersatzanspruches gemäss Art. 337c Abs. 2 OR ausser Betracht fällt. c) Gemäss Arbeitsvertrag zwischen der Berufungsklägerin und B. vom 29. Januar 2007 (kB 2) ist „Ende Jahr ein 13. Monatslöh“ geschuldet. Der 13. Monatslohn ist ein fester Lohnbestandteil, welcher weder vom Geschäftsergebnis oder von den Leistungen und dem sonstigen Verhalten des Arbeitnehmers noch von seinem Ausharren beim Arbeitgeber abhängt. Ist also - wie im vorliegenden Fall - vertraglich ein 13. Monatslohn geschuldet, so hat der Arbeitnehmer selbst dann einen pro rata Anspruch darauf, wenn letzteres nicht ausdrücklich vereinbart ist (vgl. Wolfgang Portmann, a.a.O., N 16 zu Art. 322d OR mit Hinweis auf KGer BL JAR 2003, 231; Manfred Rehbinder, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband: Der Arbeitsvertrag, 1. Abschnitt: Einleitung und Kommentar zu Art. 319-

E. 18

330a OR, Bern 1985, N 4 zu Art. 322d OR; Adrian Staehelin, a.a.O., N 6 zu Art. 322d OR, N 12 zu Art. 322 OR). Für die acht Monate von Januar 2007 bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist Ende August 2007 hat die Vorinstanz der Klägerin demnach zu Recht einen anteilmässigen Betrag am 13. Monatslohn in der Höhe von Fr. 1'593.75 ($[\text{Fr. } 2'390.65 : 12] \times 8$) zugesprochen. 5. Was schliesslich die von der Vorinstanz zugesprochene Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR anbelangt, bleibt festzustellen, dass die Berufungsklägerin diesbezüglich keine Einwände vorbringt. Mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Entschädigung bei ungerechtfertigter Entlassung regelmässig geschuldet ist und nur in aussergewöhnlich gelagerten Fällen ausnahmsweise darauf verzichtet werden darf (vgl. BGE 123 III 86, Erw. 2a; 99 II 308, Erw. 5a; 97 II 142, Erw. 2a, S. 146; 116 II 301, Erw. 5, je mit Hinweisen; PKG 1991 Nr. 7, Erw. 2, S. 36; Wolfgang Portmann, a.a.O., N 5 zu Art. 337c OR; Manfred Rehbinder, a.a.O., N 8 zu Art. 337c OR mit Hinweisen), sowie in Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalles (vgl. Wolfgang Portmann, a.a.O., N 6 zu Art. 337c OR; Manfred Rehbinder, a.a.O., N 9 zu Art. 337c OR), erscheint die von der Vorinstanz zugesprochene Entschädigung in Höhe eines Monatslohnes denn auch angemessen. Es bleibt nämlich einerseits zu berücksichtigen, dass die erlittene Persönlichkeitsverletzung angesichts des

bis zur fristlosen Entlassung bereits mehr als drei Jahre dauernden Arbeitsverhältnisses (vgl. kB1) nicht bagatellisiert werden darf. Auf der anderen Seite darf jedoch ebenso wenig ausser Acht gelassen werden, dass zumindest ein – wenn auch nicht schwerwiegendes - Fehlverhalten (Vorfall Gurt) der Arbeitnehmerin vorliegt und sich zudem die Umstände der fristlosen Kündigung angesichts des Alters der Berufungsklägerin und der diesbezüglich doch relativ guten Chancen auf eine neue Anstellung nicht gravierend auf ihr berufliches Fortkommen auswirken. Eine höhere Entschädigung steht im Übrigen ohnehin nicht zur Diskussion, zumal B. dagegen keine Berufung erhoben hat. 6. Zusammenfassend bleibt somit festzuhalten, dass die Berufung von A. in sämtlichen Punkten unbegründet und demzufolge abzuweisen ist. 7. Für seine Bemühungen in Zusammenhang mit dem vorinstanzlichen Verfahren reichte der klägerische Rechtsvertreter anlässlich der Hauptverhandlung vom 8. Mai 2008 eine Honorarnote in Höhe von Fr. 4'441.20 inklusive 7.6 % Mehrwertsteuer (kB 17) ein. Das Bezirksgericht Plessur hat der Klägerin für das vorinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.-- inklusive Mehrwertsteuer zugesprochen. Zur Begründung wird im vorinstanzlichen Urteil ausgeführt, die Klägerin sei mit ihrem Rechtsbegehren zu beinahe 2/3 durchgedrungen, wes-

E. 19

halb die ihr durch den Rechtsstreit entstandenen Kosten zu 1/3 zu entschädigen seien. In der Anschlussberufung macht der klägerische Rechtsvertreter nun geltend, dass die Höhe der im vorinstanzlichen Verfahren zugesprochenen Parteientschädigung dem Ausgang des Verfahrens in keiner Weise Rechnung trage. Er verlangt eine ausseramtliche Entschädigung von Fr. 4'441.20 einschliesslich Mehrwertsteuer, was seiner vollen Honorarforderung (vgl. kB 17) entspricht. a) Gemäss Art. 122 Abs. 2 ZPO ist die unterliegende Partei in der Regel verpflichtet, der obsiegenden alle ihr durch den Rechtsstreit verursachten, notwendigen Kosten zu ersetzen. Fällt das Urteil nicht ausschliesslich zu Gunsten einer Partei aus, können die aussergerichtlichen Kosten gemäss Art. 122 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 122 Abs. 1 ZPO verhältnismässig verteilt werden. Von dieser Regel kann jedoch abgewichen werden und zwar insbesondere dann, wenn die unterliegende Partei sich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah oder der genaue Umfang des Anspruchs für den Kläger aus objektiven Gründen nicht überblickbar war (Art. 122 Abs. 1 ZPO). b) Zwar sind der Klägerin seitens der Vorinstanz lediglich Fr. 13'547.80 von den insgesamt eingeklagten Fr. 16'861.50 (act. II.1) zuerkannt worden. Im Verfahren vor dem Bezirksgericht Plessur hat mithin keine der Parteien vollständig obsiegt; auch die Klägerin ist teilweise unterlegen. Entgegen der Feststellung der Vorinstanz ist die Klägerin jedoch nicht bloss mit 2/3, sondern mit 4/5 ihrer Forderung durchgedrungen, womit die vorinstanzliche Kostenverteilung schon aus diesem Grunde zu korrigieren ist. Kommt hinzu, dass es vorliegend nicht gerechtfertigt erscheint, die aussergerichtliche Entschädigung für die Klägerin alleine aufgrund des betragsmässigen Verhältnisses zwischen der eingeklagten Forderung und der gemäss Urteilsspruch tatsächlich zuerkannten Summe festzulegen. Die Klägerin musste nämlich einzig bezüglich der geforderten Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR eine Reduktion erfahren, wobei das Gericht ihr in der Grundsatzfrage, ob eine Strafzahlung überhaupt geschuldet sei, Recht gegeben hat. Dabei bleibt zu berücksichtigen, dass bei der Festlegung der Höhe der Strafzahlung nach Art. 337c Abs. 3 OR ein grosses Ermessen des Richters besteht und die Bezifferung des entsprechenden Klageantrags somit schwer abschätzbar ist (vgl. dazu Manfred Rehbinder, a.a.O., N 11 zu Art. 337c OR). Nach dem Gesagten erscheint es daher gerechtfertigt, der Klägerin für das vorinstanzliche Verfahren in Abweichung zum

vorinstanzlichen Urteil die volle Entschädigung in Höhe von Fr. 4'441.20 zuzusprechen.

E. 20

Die Anschlussberufung von B. erweist sich demnach als begründet und ist gutzuheissen. Ziffer 2 Abs. 2 des vorinstanzlichen Urteilsdispositivs ist aufzuheben und A. ist zu verpflichten, B. für das Verfahren vor Bezirksgericht Plessur ausseramtlich mit Fr. 4'441.20 inklusive Mehrwertsteuer zu entschädigen. 8. a) Bei Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.-- dürfen den Parteien ausser bei mutwilliger Prozessführung weder Gebühren noch Auslagen des Gerichts auferlegt werden (Art. 343 Abs. 3 OR). Für das Berufungsverfahren werden daher von den Parteien – gleich wie im erstinstanzlichen Verfahren – keine Kosten erhoben. b) Demgegenüber befreit Art. 343 Abs. 2 und 3 OR nicht von der Bezahlung der ausseramtlichen Kosten (vgl. BGE 115 II 30, E. 5c S. 42). Gemäss Art. 122 Abs. 2 ZPO ist die unterliegende Partei in der Regel verpflichtet, der obsiegenden alle ihr durch den Rechtsstreit verursachten, notwendigen Kosten zu ersetzen. Fällt das Urteil nicht ausschliesslich zu Gunsten einer Partei aus, können die aussergerichtlichen Kosten verhältnismässig nach dem Obsiegen und Unterliegen verteilt werden (Art. 122 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 122 Abs. 1 ZPO). Vorliegend ist die Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte sowohl in der Berufung als auch in der Anschlussberufung unterlegen. Sie hat daher die Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin angemessen ausseramtlich zu entschädigen. Unter Berücksichtigung des notwendigen Aufwandes erscheint dem Kantonsgericht eine ausseramtliche Entschädigung von Fr. 1'800.-- inkl. MwSt. für das Berufungs- und Anschlussberufungsverfahren als angemessen.

E. 21

Demnach erkennt die Zivilkammer :

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