

GR_GERICHTE ZK2 2010 27 vom 1. Juni 2010

GR Gerichte, 2010-06-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2010_27

FR: GR_GERICHTE ZK2 2010 27 du 1 juin 2010

IT: GR_GERICHTE ZK2 2010 27 del 1 giugno 2010

Regeste

Forderung aus Arbeitsvertrag | Berufung OR Arbeitsvertrag

Erwägungen

E. 2

Am 30. Juni 2003 schrieb die Y. der Angestellten, anlässlich einer Kontrolle habe festgestellt werden müssen, dass die Reinigung nicht ihren Vorstellungen entspreche. Die Beanstandungen wurden im Einzelnen aufgelistet, und es wurde darauf hingewiesen, dass man Wert darauf lege, dass die Reinigung sorgfältig und fachgerecht ausgeführt werde. In einem Schreiben an die Angestellte vom 10. Februar 2009 bedauerte die Y., erneut mitteilen zu müssen, dass die Reinigungsarbeiten in den Räumen des Regionalsitzes A. nicht befriedigend seien. Beim Reinigen der Tische, Ablageflächen, der Schalter usw. seien schmutzige Spuren zurückgeblieben und auch die Toiletten und Böden seien nicht zufriedenstellend gereinigt worden. Man erwarte, dass die Sauberkeit sichtbar verbessert werde, ansonsten eine andere Lösung gesucht werden müsse.

E. 3

Der Rechtsvertreter der Klägerin führte in der Prozesseingabe aus, seiner Mandantin sei missbräuchlich gekündigt worden. Es seien von anderen Personen Kehrichthügel angehäuft worden, um X. in Misskredit zu bringen. Dies müsse als Mobbing angesehen werden, habe dieses Verhalten der übrigen Angestellten doch zu guter Letzt dazu geführt, dass die zuständige Leitung die Klägerin entlassen habe. Die Vorinstanz hat mit ausführlicher Begründung dargelegt, dass sie aufgrund der von der Klägerin produzierten Akten die Mobbingvorwürfe als unberechtigt betrachte. Es bestünden keine Anhaltspunkte, dass die Klägerin während ihres Anstellungsverhältnisses gegenüber der Beklagten jemals Mobbing beziehungsweise eine Verletzung ihrer Persönlichkeit geltend gemacht und beispielsweise Schutzmassnahmen verlangt hätte. Es seien nach der Aktenlage weder eine missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336 OR

Seite 6 — 21 ersichtlich noch bestehe ein Anspruch aus Verletzung der Persönlichkeit der Arbeitnehmerin im Sinne von Art. 328 Abs. 1 OR. Zudem habe es die Klägerin gänzlich unterlassen, konkrete Entschädigungsansprüche aus ungerechtfertigter Kündigung infolge Mobbing (Art. 336 Abs. 1 lit. 1 OR) sowie konkrete Schaden- ersatz- und Genugtuungsansprüche aus Persönlichkeitsverletzung (Art. 328 Abs. 1 OR) zu stellen und betragsmässig zu beziffern. - Ungeachtet der Ausführungen im angefochtenen Urteil hat der klägerische Rechtsvertreter im Berufungsverfahren an den Mobbingvorwürfen und am Vorwurf der missbräuchlichen Kündigung festgehalten. Er hat wiederum auf die durch Fotos belegten Abfallhaufen verwiesen und sich auf den Standpunkt gestellt, es sei abwegig anzunehmen, X. sei ihrer Arbeit nicht in einem Masse nachgegangen, welches für

eine Y. massgeblich sei. Erst als die Kündigung wohl festgestanden habe, sei seitens der Direktion ein Mahnschreiben eingegangen; dabei sei diesem Schreiben nicht zu entnehmen, was geschehe, wenn sich die Arbeitsqualität nicht bessern würde. Das frühere Mahnschreiben beinhalte sodann bei genauem Hinsehen nicht eine Abmahnung, sondern das Versprechen, besseres Putzmaterial zu liefern. Die Vorinstanz wies zu Recht darauf hin, dass der Vorwurf der Klägerin, die Kündigung sei aus heiterem Himmel erfolgt, unberechtigt ist. Tatsächlich musste die Arbeitgeberin bereits im Jahre 2003 die Arbeitsweise von X. beanstanden. Wie der klägerische Anwalt behaupten kann, das entsprechende Schreiben vom 30. Juni 2003 sei nicht als Abmahnung zu verstehen, es werde der Arbeitnehmerin darin vielmehr besseres Putzmaterial versprochen, ist unverständlich. Das fragliche Schreiben lässt an Klarheit nichts zu wünschen übrig. Es wird beanstandet, dass der Putzraum und die Putzgeräte nicht gereinigt seien und sich in schlechtem Zustand befänden, und die Angestellte wird ermahnt, zu den Geräten Sorge zu tragen. Es wird sodann gerügt, dass verschiedene Gegenstände wie Chromteile (zu deren Behandlung wurde ein Mittel in Aussicht gestellt), Verkleidungen am Lift, Möbel und Wandlampen unsauber seien und dass der Parkettboden regelmässiger gepflegt werden müsse. Es wird betont, dass es ein Anliegen der Y. sei, dass die Reinigung sorgfältig und fachgerecht ausgeführt werde. Mit dem Mahnschreiben, das erst erfolgt sei, als die Kündigung schon festgestanden habe, meint der klägerische Rechtsvertreter wohl den Brief vom 10. Februar 2009. Darin wird die Qualität der Reinigungsarbeiten im Allgemeinen gerügt, es werden aber auch verschiedene konkrete Beanstandungen vorgebracht. So wird auf schmutzige Spuren auf den Tischen, den Ablageflächen und an den Schaltern verwiesen sowie die unzureichende Reinigung der Toiletten und Böden gerügt. Es wird sodann klar festgehalten, man erwarte nun, dass die Sauberkeit sichtbar ver-

Seite 7 — 21 bessert werde, ansonsten man eine andere Lösung suchen müsse. Damit brachte die Beklagte entgegen der Behauptung des klägerischen Rechtsvertreters unmissverständlich zum Ausdruck, dass man - falls sich die Arbeitsqualität nicht verbessern sollte - auf die weitere Zusammenarbeit mit X. würde verzichten müssen. Dieses Schreiben blieb offenbar ohne die erhoffte Wirkung, hielt doch die Beklagte in ihrem Kündigungsschreiben vom 27. April 2009 fest, die Reinigungsarbeiten in den Räumlichkeiten des Regionalsitzes seien trotz mehrfacher Aufforderungen nicht zur Zufriedenheit ausgeführt worden. Nachdem die Angestellte am 29. April 2009 ihren letzten Arbeitstag gehabt hatte, wurden die Lokaltäten am folgenden Tag durch die Teamleiterin Reinigung besichtigt; nach ihrem Bericht vom 27. Juni 2009 fand sie alles in sehr schmutzigem und ungepflegtem Zustand vor; sie führte detailliert auf, was offenbar seit längerer Zeit nicht gereinigt worden war. Es drängt sich damit der Schluss auf, dass X. trotz Ermahnungen ihre Arbeitsleistungen nicht verbessert hatte. Sie musste sich dessen auch selbst bewusst sein, so dass sicher nicht gesagt werden kann, die Kündigung habe sie aus heiterem Himmel getroffen. Wenn die Berufungsklägerin den Mobbingvorwurf mit der Behauptung zu begründen versucht, es hätten Mitarbeiter den Putzraum mit Kehrichtsäcken vollgestopft, Kartons und Altpapier in Müllsäcke gestopft und diese aufgetürmt sowie Pet-Flaschen im Grossraumbüro in die Ecken geschüttet, womit man sie als Raumpflegerin habe desavouieren wollen, so weist die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass weder bekannt sei, wer die auf den von der Klägerin eingelegten Fotos ersichtlichen Abfälle zu welchem Zwecke angehäuft noch ob dies den üblichen Gepflogenheiten entsprochen habe, und es sei auch nicht erstellt, dass das Arbeitsverhältnis dieser Abfälle wegen gekündigt worden sei. Es ist in der Tat so, dass in keinem Ermahnungsschreiben der Klägerin je vorgeworfen

wurde, sie habe Abfälle wie Kartons, Papier oder Pet-Flaschen nicht entsorgt. Weder im Arbeitsvertrag noch im detaillierten Leistungsverzeichnis wird diese Arbeitsgattung erwähnt, und auch im Kurzprotokoll der Teamleiterin wird diesbezüglich keine Bemerkung gemacht. Der Vorinstanz ist demnach bei- zupflichten, dass aufgrund der Akten nichts darauf hindeutet, dass X. Opfer eines Mobbing geworden wäre und dass Hinweise auf eine missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336 OR nicht ersichtlich sind. Das Bezirksgericht hat sodann auch zutreffend festgehalten, dass die Klägerin kein auf eine Entschädigung hinzielendes Rechtsbegehren gestellt und beziffert hat. Das angefochtene Urteil erweist sich demnach mit Bezug auf die Frage der behaupteten missbräuchlichen Kündigung als überzeugend begründet.

Seite 8 — 21

E. 4

In der Prozesseingabe wird behauptet, X. habe während der letzten fünf Jahre keine Ferien bezogen. Es wird geltend gemacht, aufgrund ihres Alters stünden der Klägerin fünf Wochen Ferien pro Jahr zu, die sie nun nicht mehr beziehen könne und die ihr folglich in bar zu entschädigen seien. Für die Jahre 2004 bis 2008 fordert die Klägerin eine Entschädigung von Fr. 1'992.90 pro Jahr, also total Fr. 9'964.50 und für die Monate Januar bis Juli 2009 zusätzlich Fr. 1'162.50. Mit Bezug auf das Jahr 2009 ist vorweg festzuhalten, dass - falls sich der Anspruch auf eine Ferienentschädigung grundsätzlich als berechtigt erweisen sollte - sich die Entschädigung für das Jahr 2009 von vornherein auf fünf Monatsbeträge reduzieren müsste, da das Arbeitsverhältnis nach dem oben unter Ziffer 2 Gesagten von der Beklagten korrekt unter Beachtung einer einmonatigen Frist auf Ende Mai aufgelöst worden ist. Der klägerische Rechtsvertreter legte in der Prozesseingabe nicht dar, wie er die nach seiner Auffassung für fünf Wochen Ferien pro Jahr geschuldete Entschädigung von Fr. 1'992.90 berechnete, und er war auch anlässlich der Hauptverhandlung vor dem Kantonsgericht nicht in der Lage, eine Erklärung dafür zu geben, wie er auf den erwähnten Betrag gekommen ist. Bevor der Frage nachgegangen wird, ob die geltend gemachte Ferienentschädigung sich in quantitativer Hinsicht aufgrund der Aktenlage begründen lässt, ist indessen die Antwort auf die Frage zu suchen, wie es sich bezüglich der Beweislastverteilung für den Ferienbezug verhält. 5.a) Nach der für die Beweislastverteilung gültigen Grundregel von Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Nach dieser Regel hat das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu beweisen, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt, während die Erfüllung der Vertragspflicht von jener Partei zu beweisen ist, welche dies behauptet und die damit den Untergang der vertraglichen Pflicht einwendet (BGE 125 III 80). Auf den vorliegenden Fall übertragen heisst dies, dass die Klägerin als Arbeitnehmerin die vertragliche Verpflichtung der Y. zur Gewährung von Ferien sowie deren Entstehen durch die Dauer des Arbeitsverhältnisses zu beweisen hat. Die Beklagte trägt als Arbeitgeberin demgegenüber die Beweislast dafür, dass und wie viele Ferientage während der massgebenden Zeit von der Klägerin bezogen worden sind (vgl. BGE 4C.57/2001, E. 2.a; BSK OR I - Portmann, Art. 329d N 14). b) Nach Art. 329c Abs. 2 OR bestimmt der Arbeitgeber den Zeitpunkt der Ferien und nimmt dabei auf die Wünsche des Arbeitnehmers soweit Rück-

Seite 9 — 21 sieht, als dies mit den Interessen des Betriebes oder Haushaltes vereinbar ist. Die Vorinstanz hält zutreffend fest, dass im Arbeitsvertrag vom 28./30. Juni 2004 mit

Bezug auf die Ferien auf das Reglement „Allgemeine Anstellungsbedingungen der Y.“ verwiesen werde, womit diese integrierender Bestandteil des Arbeitsvertrages geworden seien. Wenn das Bezirksgericht dann aber weiterfährt, in diesem Reglement sei die folgende Regelung enthalten und sie die in diesem Dokument als Ziffer 4.2 enthaltene Aufzählung über den Ferienbezug zitiert, so ist diese Sachverhaltsfeststellung willkürlich. Beim fraglichen Aktenstück kann es sich nämlich nicht um das im Arbeitsvertrag vom Juni 2004 erwähnte Reglement handeln, trägt dieses doch das Datum des 20. August 2007 mit Gültigkeit ab 1. September 2007 und es ersetzte eine Weisung vom 1. Dezember 2004. Es ist also offenkundig, dass diese Weisung auf die frühere Zeit, das heisst ab 2004, gar keine Wirkung entfalten konnte. Die durch das neue Papier ersetzte Weisung vom 1. Dezember 2004 liegt sodann nicht im Recht, und auch die im Arbeitsvertrag erwähnten Allgemeinen Anstellungsbedingungen (ABB) wurden von der Beklagten nicht eingelegt. Wenn somit die Beklagte und mit ihr die Vorinstanz aus den ab 1. September 2007 gültigen Weisungen ableiten, dass es sehr wohl der Klägerin obgelegen habe, für den Bezug ihrer Ferien besorgt zu sein und dies mit ihren Vorgesetzten abzusprechen und dass sie sich aus dieser Verpflichtung nicht mit dem Argument habe befreien können, das entsprechende Reglement nicht gekannt zu haben, so verkennen sie, dass diese Weisung jedenfalls für die Zeit von 2004 bis zum 31. August 2007 noch gar keine Gültigkeit hatte. Insoweit wird demnach der Klägerin gestützt auf diese Weisung zu Unrecht eine Verpflichtung auferlegt. Für den Bestand einer solchen Verpflichtung ist die Beklagte beweispflichtig, da sie daraus für sich entsprechende Rechte ableitet. Diesen Beweis hat sie jedoch nicht erbracht, da keine Urkunde im Recht liegt, welche den Ferienbezug entsprechend der Ziffer 4.2 der Weisung regelt. Die Ausführungen der Vorinstanz über die Verpflichtungen der Klägerin hinsichtlich des Ferienbezugs sind noch in einem weiteren Punkt zu beanstanden. Das Bezirksgericht stellt sich gestützt auf die Ziffer 2 der Weisung 4.2 für den Ferienbezug auf den Standpunkt, es wäre Sache der Klägerin gewesen, für den Bezug ihrer Ferien besorgt zu sein und dies mit ihren Vorgesetzten abzusprechen. Eine solche Auslegung der fraglichen Ziffer 2 geht nach Auffassung des Kantonsgerichts zu weit. Sollte der Wortlaut dieser Bestimmung tatsächlich eine solche einseitige Verpflichtung stipulieren, wäre dies wohl rechtswidrig. Wie oben erwähnt, bestimmt gemäss Art. 329c Abs. 2 OR der Arbeitgeber den Zeitpunkt der Ferien; er nimmt dabei auf die Wünsche des Arbeitnehmers soweit Rücksicht, als

Seite 10 — 21 dies mit den Interessen des Betriebes oder Haushaltes vereinbar ist. Dabei ist die Festsetzung der Ferien durch den Arbeitgeber dispositives Recht. Häufig wird der Zeitpunkt der Ferien vom Arbeitgeber und vom Arbeitnehmer in gegenseitigem Einverständnis festgelegt (Zürcher Kommentar, Staehelin, Art. 329c OR N. 12). In diesem Sinne wurde auch vorliegend durch die Weisung vom 20. August 2007 Gebrauch gemacht, indem festgehalten wurde, der Mitarbeiter habe den Ferienbezug mit dem Vorgesetzten zu vereinbaren. Das bedeutet, dass Mitarbeiter und Vorgesetzter den Ferienbezug miteinander besprechen; beide haben also eine Mitwirkungspflicht. Sollte der Mitarbeiter wie dies die Beklagte und die Vorinstanz anzunehmen scheinen - diesbezüglich „vorleistungspflichtig“ sein, so bedeutet dies nun aber nicht, dass mangels entsprechender Vorleistungspflicht die Beklagte sich bezüglich Ferienbezug seiner Arbeitnehmerin überhaupt nicht zu kümmern braucht. Der Ferienanspruch des Arbeitnehmers ist eine Konkretisierung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Um diese Fürsorgepflicht kommt er nicht umhin, selbst wenn die Parteien abweichend von Art. 329c Abs. 2 OR die Festsetzung der Ferien durch Vereinbarung bestimmen. Gegenteiliges bei zu vereinbarem Ferienbezug lässt sich in

der Literatur denn auch nicht finden. Schliesslich gilt es in diesem Zusammenhang auch zu beachten, dass der Ferienanspruch selbst mangels Geltendmachung des Arbeitnehmers während seiner Anstellungszeit nicht einfach verwirkt. Es gilt - worauf noch zurückzukommen sein wird - vielmehr die fünfjährige Verjährungsfrist. - Soweit die Vorinstanz den Anspruch der Klägerin auf eine Ferienentschädigung mit dem Hinweis auf die Weisung vom 20. August 2007 zu den ABB abgelehnt hat, vermag ihr das Kantonsgericht nach dem Gesagten nicht zu folgen. c) Das Bezirksgericht A. führte weiter aus, als Raumpflegerin und mangels Betriebsferien der Y. habe die Klägerin keine Anwesenheitspflichten zu bestimmten Zeiten gehabt, so dass sie über erhebliche Freiheiten bezüglich der Bestimmung des Zeitpunktes und der Dauer ihrer Ferien verfügt habe, wie dies beim Reinigungspersonal naturgemäss häufig der Fall sei. Habe aber der Arbeitnehmer eine erhebliche Freiheit, den Ferienbezug selbst zu bestimmen, so treffe ihn die Beweislast dafür, dass er keine Ferien beziehen könne. Dieser ihr somit obliegende Beweis habe die Klägerin nicht zu erbringen vermocht. - Mit dieser Begründung folgte die Vorinstanz der von der Beklagten vertretenen Meinung, welche diese schon in der Prozesseingabe vorbrachte und die ihre Rechtsvertreterin anlässlich der Hauptverhandlung unter Hinweis auf einen von Streiff/von Känel (Arbeitsvertrag, 6. Auflage, Zürich 2006, Art. 329c OR N. 7) erwähnten, in SAE 1997 S. 42 ff. publizierten Entscheid des Cour d'appel de

Seite 11 — 21 Genève zu begründen versuchte. Die Beklagte liess ausführen, die Funktion der Klägerin als Raumpflegerin habe keine Anwesenheitspflichten zu bestimmten Zeiten erfordert, und es habe auch in der Entscheidungsfreiheit von X. gelegen, ob sie einzelne Tage oder wochenweise Ferien beziehen wollte. In Bestätigung dieser Praxis habe die Y. während des bestehenden Arbeitsverhältnisses denn auch keine Forderung auf nicht bezogene Ferien seitens der Arbeitnehmerin erhalten und es habe die Klägerin auch nicht bewiesen, dass sie eine solche Forderung erhoben habe. Diese Behauptungen und Begründung der Beklagten und der Vorinstanz sind in verschiedener Hinsicht nicht haltbar. Das Ferienrecht steht jedem Arbeitnehmer zu, auch jenem, der Teilzeitarbeit leistet. Der Ferienanspruch bedingt die Zuweisung einer arbeitsfreien Periode an den Arbeitnehmer (Streiff/von Känel, a.a.O., N. 5 zu Art. 329a OR). Ist bei Teilzeit gleich zu verfahren wie bei Vollzeit, so bedeutet dies auch, dass auch beim Teilzeitbeschäftigten entsprechend Art. 329c Abs. 1 OR mindestens zwei Wochen Ferien zusammenhängen müssen.

Entgegenzutreten ist sodann auch der Behauptung der Vorinstanz und der Beklagten, die Klägerin habe keine Anwesenheitspflicht zu bestimmten Zeiten gehabt, so dass sie bezüglich Zeitpunkt und Dauer der Ferien über erhebliche Freiheiten verfügt habe. Es mag wohl zutreffen, dass der Klägerin nicht vorge-schrieben wurde, zu welcher Uhrzeit sie jeweils die Reinigung vorzunehmen habe. Immerhin dürfte sie auch diesbezüglich kaum über erhebliche Entscheidungsfrei- heit verfügt haben, ist es doch üblich, dass diese Arbeiten ausserhalb der Büro- zeiten zu tätigen sind, also in der Regel gegen Abend. Aufschlussreich sind in die- sem Zusammenhang der im Arbeitsvertrag festgelegte Arbeitseinsatz und das Leistungsverzeichnis. Nach dem Arbeitsvertrag hatte die Arbeitsleistung regel- mässig zu erfolgen. Der Arbeitseinsatz während der einzelnen Wochen sollte in Absprache mit dem Vorgesetzten regelmässig erfolgen und pro Monat 77 Stunden betragen. Dem Leistungsverzeichnis ist sodann zu entnehmen, in welchen Leis- tungsintervallen die einzelnen Reinigungsarbeiten vorzunehmen waren. Dabei waren mehrere Arbeiten täglich, andere jeden zweiten Tag usw. vorzunehmen. Aus dieser Regelung ist ersichtlich, dass die Klägerin ihre Ferien keineswegs beliebig, das heisst ohne Absprache mit dem Vorgesetzten beziehen konnte, da ja bei ihrer Abwesenheit -

insbesondere für die zwei Wochen zusammenhängender Ferien - eine Ersatzkraft gefunden und eingesetzt werden musste, ansonsten die Räumlichkeiten während dieser Zeit ungereinigt geblieben wären. Das Kantonsgericht ist daher der Auffassung, dass der Klägerin keine erhebliche Freiheit zustand, den Ferienbezug selbst zu bestimmen. Damit trifft aber nicht sie die Beweislast,

Seite 12 — 21 dass sie keine Ferien beziehen konnte. Der diesbezüglichen Hinweis auf Streiff/ von Känel erscheint nicht stichhaltig. Die Autoren können sich bezüglich der Umkehr der Beweislast übrigens allein auf einen Entscheid aus dem Kanton Genf abstützen (a.a.O., N 7 in fine zu Art. 329c OR), der in tatsächlicher Hinsicht anders gelegen und folglich nicht geeignet ist, im zu beurteilenden Fall die Klägerin für beweispflichtig zu erklären. Grundsätzlich gilt, dass eine Umkehr der Beweislast nur mit grosser Zurückhaltung vorzunehmen ist. Die Entscheidungsfreiheit von X. war nach Auffassung des Kantonsgerichts aber nicht derart erheblich, dass sich eine solche Umkehr der Beweislast rechtfertigen liesse. Der gegenteilige Entscheid der Vorinstanz, der Klägerin den Nachweis für die nicht bezogenen Ferien aufzuerlegen, hält demnach einer näheren Prüfung nicht stand. Der Nachweis obliegt aus den dargelegten Gründen vielmehr der beklagten Arbeitgeberin. d) Das Bezirksgericht führte aus, nachdem die Klägerin den ihr obliegenden Beweis dafür, dass sie die ihr zustehenden Ferien nicht beziehen können, nicht zu erbringen vermocht habe, sei ihre Forderung abzuweisen, ohne dass geklärt werden müsste, ob allenfalls nicht bezogene Ferientage zu einem bestimmten Zeitpunkt verfallen seien oder nicht. Damit verkennt die Vorinstanz, dass sich die Frage nach dem „Verfall“ der Ferien gar nicht stellt beziehungsweise dass sich die Beantwortung dieser Frage aufgrund der Lehre klar ergibt. Nach den Kommentatoren (vgl. Zürcher Kommentar, N. 6 zu Art. 329c OR; Streiff/von Känel, N. 4 zu Art. 329c OR) tritt bei Nichtbezug der Ferien keine Verwirkung ein; es gilt vielmehr die fünfjährige Verjährungsfrist von Art. 128 Ziff. 3 OR. Diese beginnt mit der Fälligkeit, welche bei vierwöchigem Ferienanspruch nach Ablauf von 48 Wochen, bei fünf Wochen Ferienanspruch somit nach Ablauf der 47. Jahreswoche beginnt. Für den Restanspruch „Ferien“ 2004 von rund zwei Wochen begann die fünfjährige Verjährungsfrist somit Mitte Dezember 2004 zu laufen, und sie endete demnach im Dezember 2009. Die Klage wurde am 7. Mai 2009 und damit vor Ablauf der Verjährungsfrist erhoben, und bezüglich der nicht bezogenen Ferien für die folgenden Jahre ist demnach die Verjährung umso weniger eingetreten. Die Regelungen bezüglich der Verjährung können auch nicht durch einen Arbeitsvertrag abgeändert werden, da sie offenkundig zwingendes Recht sind. Sie können jedenfalls nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden. Dem Umstand, dass gemäss den Weisungen vom 20. August 2007 die übertragenen Ferientage bis Mitte des nächsten Jahres zu beziehen sind, kommt demnach keine Bedeutung zu. Diese arbeitsvertragliche Regelung vermag weder eine Verwirkung noch eine Verjährung nicht bezogener Ferien herbeizuführen.

Seite 13 — 21 ren. Mit dem Zürcher Obergericht könnte man sich zusätzlich auf den Standpunkt stellen, dass im vorliegenden Fall die Verjährung mangels Anordnung der Ferien überhaupt nicht zu laufen begonnen hat (vgl. Hinweis bei Streiff/von Känel, S. 432 Abs. 1 unten).

E. 6

a) In der Prozesseingabe wird behauptet, X. habe während der letzten fünf Jahre keine Ferien bezogen. Es wird geltend gemacht, aufgrund ihres Alters stünden der Klägerin fünf Wochen Ferien pro Jahr zu, die sie nun nicht mehr beziehen könne und die ihr folglich in

bar zu entschädigen seien. Für die Jahre 2004 bis 2008 fordert die Klägerin eine Entschädigung von Fr. 1'992.90 pro Jahr, also total Fr. 9'964.50 und für die Monate Januar bis Juli 2009 zusätzlich Fr. 1'162.50. Mit Bezug auf das Jahr 2009 ist vorweg festzuhalten, dass - falls sich der Anspruch auf eine Ferienentschädigung grundsätzlich als berechtigt erweisen sollte - sich die Entschädigung für das Jahr 2009 von vornherein auf fünf Monatsbeträgen reduzieren müsste, da das Arbeitsverhältnis nach dem oben unter Ziffer 2 Gesagten von der Beklagten korrekt unter Beachtung einer einmonatigen Frist auf Ende Mai aufgelöst worden ist. b) Der klägerische Rechtsvertreter legte in der Prozesseingabe nicht dar, wie er die nach seiner Auffassung für fünf Wochen Ferien pro Jahr geschuldete Entschädigung von Fr. 1'992.90 berechnete, und er war auch anlässlich der Hauptverhandlung vor dem Kantonsgericht nicht in der Lage, eine Erklärung dafür zu geben, wie er auf den erwähnten Betrag gekommen ist. - Weder aus dem von der Beklagten eingelegten Arbeitsvertrag noch aus sonst welchen Urkunden geht hervor, wie viele Ferienwochen der Klägerin pro Jahr zustanden. Gemäss Art. 329a Abs. 1 OR müssen mindestens vier Wochen Ferien gewährt werden. Dass Arbeitnehmer von 50 und mehr Jahren von Gesetzes wegen automatisch einen Anspruch auf eine fünfte Ferienwoche hätten, wie dies der Vertreter der Berufungsklägerin anzunehmen scheint, trifft nicht zu. Wenn er in der Prozesseingabe von einem Ferienanspruch von fünf Wochen pro Jahr ausging, indem er ausführte, seine Mandantin habe (für die Jahre 2004 bis 2008) das Recht auf fünf mal fünf Wochen Ferien und die Beklagte weder in der Prozessantwort noch vor Schranken einem entsprechenden Anspruch widersprochen hat, so besteht kein Anlass, bei der Beurteilung des Falles von einer anderen Feriendauer auszugehen. Über unbestritten gebliebene Behauptungen ist kein Beweis zu führen, und es ist somit von einem Anspruch auf fünf Ferienwochen auszugehen. c) Die Klägerin fordert als Entschädigung für während fünf Jahren nicht bezogene Ferien einen Betrag von Fr. 1'992.90 pro Jahr. Bevor auf die Berech-

Seite 14 — 21 nung einer allenfalls geschuldeten Ferienentschädigung eingegangen wird, ist abzuklären, wie viele Ferientage die Klägerin bezogen beziehungsweise wie viele nicht bezogene Tage ihr zu entschädigen sind. Dabei hat nach dem oben Gesagten die Arbeitnehmerin den grundsätzlichen Ferienanspruch zu beweisen - was geschehen ist -, während die Arbeitgeberin den Beweis dafür zu erbringen hat, wie viele Ferientage die Angestellte bezogen hat. Nach dem vorinstanzlichen Urteil hat die Y. zumindest für den Zeitraum ab Mitte 2008, nämlich seit der Einführung der elektronischen Zeiterfassung, den Ferienbezug nachgewiesen. Sie stützt sich dabei auf eine auf X. lautende Zeiterfassungstabelle für den Zeitraum 1. Januar 2007 bis 31. Mai 2009. In diesem Auszug sind bis zum 31. Mai 2008 überhaupt keine Ferienbezüge vermerkt und es fehlen auch Angaben zu den Arbeitszeiten, auch solche finden sich erst ab Juni 2008. Dabei fällt auf, dass ab diesem Datum eine tägliche Arbeitszeit von acht Stunden und 24 Minuten angegeben wird, was auf die nur teilzeitangestellte X. offensichtlich nicht zutreffen kann. Die Arbeitszeit der Berufungsklägerin betrug nach dem Arbeitsvertrag vom Juni 2004 monatlich 77 Stunden, was nach der Darstellung in der Prozessantwort einem Pensum von 45 % entsprach. Unter der Rubrik Absenzen/Ansprüche werden in der Zeiterfassungstabelle der Beklagten unter anderem mit den Buchstaben AFER die Ferienansprüche und mit den Buchstaben FER die bezogenen Ferien angegeben. Unter dem Datum des 1. und des 2. Januar 2007 werden unter der Bezeichnung AFER je zwölf Tage und am 1. Januar 2008 neben übertragenen 24 Tagen zwölf zusätzliche Tage ausgewiesen. Es fragt sich, was es mit diesen jeweils zwölf Tagen pro Jahr für eine Bewandnis hat, da der Klägerin doch jährlich

25 Ferientage zustanden. Die Erklärung ist darin zu finden, dass 25 volle Ferientage bei einer 100-prozentigen Anstellung gewährt werden, während sich für die Klägerin bei einem Arbeitspensum von 45 % rund 11,25 beziehungsweise aufgerundet eben zwölf volle Ferientage ergeben. Die Vertreterin der Y. bestätigte anlässlich der Berufungsverhandlung, dass diese Berechnungsweise die richtige sei, um auf das in der Zeiterfassungstabelle erwähnte jährliche Ferienguthaben von zwölf Tagen zu gelangen. Wenn diese Tabelle die Angaben über die tägliche Arbeitszeit und die Ferien ausgehend von einer 100-prozentigen Beschäftigung enthalte, so sei dies darauf zurückzuführen, dass in der Geschäftsstelle A. die entsprechenden Daten für Teilzeitbeschäftigungen noch nicht erfasst werden könnten. Der Rechtsvertreter der Berufungsklägerin anerkannte seinerseits die Richtigkeit der geschilderten Berechnungsweise und damit die Tatsache, dass unter den ausgewiesenen jährlichen zwölf Ferientagen volle Arbeitstage bei einem hundertprozentigen Arbeitspensum zu verstehen sind, was bei dem von seiner Mandantin geleisteten reduzierten Arbeitspensum eben 25 Ferientage ergibt.

Seite 15 — 21 d) Die Berufungsklägerin fordert eine Entschädigung für nicht bezogene Ferien ab Januar 2004. Sie übergeht dabei die Tatsache, dass der Arbeitsvertrag, auf den sie sich stützt, erst ab 1. August 2004 Gültigkeit hatte. Während der ersten sieben Monate des Jahres 2004 galt hingegen noch der ab 1. Juni 1997 wirksame Vertrag, nach welchem der Ferienanspruch der damals 44-jährigen Arbeitnehmerin durch eine Ferienentschädigung von 8,33 %, entsprechend einer Feriendauer von vier Wochen (BSK OR I - Portmann, Art. 329d N 3), abgegolten wurde. Für die Zeit vom 1. August 2004, als der neue Arbeitsvertrag in Kraft trat, bis Ende 2006 liegen überhaupt keine Aufzeichnungen über Ferienbezüge vor. Die von der Beklagten eingelegte Zeiterfassungstabelle beginnt mit dem 1. Januar 2007. Unter diesem Datum findet sich ein Eintrag über ein Ferienguthaben (AFER) von zwölf Tagen, und unter dem folgenden 2. Januar 2007 werden zwölf weitere Tage als Ferienguthaben aufgeführt. Die Vertreterin der Y. bestätigte anlässlich der Berufungsverhandlung, dass es sich bei der ersten Zahl um den Übertrag des Ferienguthabens des Jahres 2006 und bei der zweiten Zahl um jenes für das beginnende Jahr 2007 handelt. Dabei sind die zwölf Tage, entsprechend einem Tag pro Monat, jeweils als Guthaben für Arbeitstage bei einem Vollpensum zu verstehen. Nach den oben gemachten Ausführungen entspricht dies dem X. bei reduziertem Arbeitspensum unbestrittenermassen zustehenden Anspruch auf 25 Ferientage im Sinne von 25 (teilzeitigen) Arbeitstagen, an denen X. ferienhalber nicht zur Arbeit erscheinen muss. Da für die restlichen Monate des Jahres 2004 und das Jahr 2005 überhaupt keine Aufzeichnungen vorliegen und aufgrund des Eintrags vom 1. Januar 2007 feststeht, dass 2006 keine Ferien bezogen wurden, ist davon auszugehen, dass die Berufungsklägerin bis zu diesem Datum nie Ferien gemacht hat; jedenfalls hat die Beklagte den ihr obliegenden gegenteiligen Beweis nicht erbracht. Gleiches gilt nach den weiteren Angaben im Zeiterfassungsformular für das Jahr 2007, wird doch am 31. Dezember 2007 ein Guthaben von 24 Tagen ausgewiesen, und unter dem 1. Januar 2008 werden zwölf weitere Ferientage gutgeschrieben. Erst vom 2. bis 27. Juni 2008 wird ein Ferienbezug von zwanzig Tagen erwähnt, womit sich das Guthaben auf 16 Tage reduzierte, wie es unter dem Datum des 2. Januar 2009 vermerkt wurde. Bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses am 31. Mai 2009 erhöhte sich das Guthaben um fünf auf insgesamt 21 Tage, welche dadurch abgetragen wurden, dass die Arbeitnehmerin am 29. April 2009 letztmals zur Arbeit erscheinen musste und bis zum Auslaufen des Arbeitsvertrages Ende Mai Ferien beziehen konnte. Damit war das Ferienguthaben der Klägerin allerdings nur scheinbar konsumiert, da die bis zum

Schluss des Arbeitsverhältnisses gemäss der Zeiterfassungstabelle aufgelaufenen 21 Ferientage eben Arbeitstagen mit 100-prozentiger

Seite 16 — 21 Beschäftigung entsprachen, die Klägerin aber pro Jahr Anspruch auf 25 Ferientage entsprechend ihrem reduzierten Beschäftigungsgrad hatte. Diesem Umstand hat die Beklagte nicht Rechnung getragen, weshalb ihrer Auffassung, wonach die Klägerin über kein Ferienguthaben mehr verfüge, nicht gefolgt werden kann. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass X. bei einem Ferienguthaben von 25 Tagen pro Jahr vom 1. August 2004 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. Mai 2009, also für zusammen vier Jahre und zehn Monate, insgesamt Anspruch auf 121 Ferientage hatte. Davon hat sie im Juni 2008 zwanzig Tage und am Schluss ihrer Anstellungszeit 21 Tage bezogen, so dass ihr ein Ferienanspruch von 80 Arbeitstagen verbleibt. Da die Berufungsklägerin ihr Ferienguthaben nicht mehr in natura beziehen kann, ist dieser Feriensaldo durch eine finanzielle Entschädigung abzugelten. e) Nach dem Arbeitsvertrag vom Juni 2004 bezog X. ab 1. August 2004 einen Monatslohn von brutto Fr. 1'493.80 nebst einem dreizehnten Monatslohn, der je zur Hälfte im Juni und Dezember ausbezahlt wurde. Im Laufe der Jahre erfuhr der Lohn der Klägerin eine gewisse Erhöhung und erreichte am Schluss des Arbeitsverhältnisses nach einer auf den 1. April 2009 erfolgten Lohnerhöhung Fr. 20'725.70 brutto pro Jahr. Wie oben festgehalten wurde, konnte die Berufungsklägerin ihre Ferien am Schluss des Arbeitsverhältnisses nur noch teilweise in natura beziehen, so dass ihr der verbliebene Ferienanspruch durch eine Lohnzahlung abzugelten ist. Dieser bemisst sich nach dem Lohn, der am Ende des Arbeitsverhältnisses gegolten hat (Rehbinder, Berner Kommentar, N. 16 zu Art. 329d OR). Nach der unwidersprochen gebliebenen Darstellung in der Prozessantwort der Beklagten verstand sich der letzte Jahreslohn von Fr. 20'725.70 einschliesslich des dreizehnten Monatslohns, der letzte Lohn der Klägerin belief sich also ohne diesen auf monatlich brutto Fr. 1'594.30. Bei der Berechnung der der Klägerin zustehenden Entschädigung ist von diesem Betrag auszugehen, bleibt doch nach der überwiegenden Lehre und Rechtsprechung der dreizehnte Monatslohn unberücksichtigt. Staehelin hält im Zürcher Kommentar fest (N. 1 und 5 zu Art. 329d OR), der Ferienlohn entspreche dem Gesamtlohn, also dem Grundlohn zuzüglich der regelmässigen Zulagen; ein- oder zweimal im Jahre fällige Vergütungen wie der 13. Monatslohn, Gratifikationen usw. seien nicht zu berücksichtigen, dürften aber auch nicht um die Dauer der Ferien gekürzt werden. Dieser Auffassung schliesst sich vorbehaltlos auch Brühwiler an (Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage, Bern 1996, Nr. 1 und 3 zu Art. 329d OR). Das Bundesgericht bezieht in seinem Urteil 4C.203/2000 vom 2. April 2001 (E. 3b) den dreizehnten Monatslohn nicht in die Berechnung der Ferienentschädigung ein,

Seite 17 — 21 und auch Aubert (Le droit des vacances: quelques problèmes pratiques, in: Jour- née 1990 du droit du travail et de la sécurité social, Zürich 1990, S. 113 ff.) und das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (ARV 1988, S. 7 ff.) vertreten diese Auffassung. Wie oben festgestellt wurde, verdiente X. ohne Berücksichtigung des dreizehnten Monatslohns am Schluss des Arbeitsverhältnisses Fr. 1'594.30 pro Monat. Ausgehend von den im schweizerischen Durchschnitt pro Monat anfallenden 21,75 Arbeitstagen (Streiff/von Känel, N. 12 zu Art. 321c OR) ergibt dies Fr. 73.30 pro Tag, was für die 80 Ferientage, die der Klägerin zu entschädigen sind, einen Betrag von Fr. 5'864.-- ergibt. Dabei handelt es sich um den Bruttolohn, von dem die monatlichen Sozialversicherungsbeiträge (AHV/IV, ALV, NBUV) abzuziehen sind, wobei mangels konkreter Angaben in den Akten ein üblicher Abzug von 6,5 % vorgenommen wird; es

resultiert damit ein Guthaben der Klägerin von Fr. 5'482.85, welcher Betrag ihr in teilweiser Gutheissung der Klage zuzusprechen ist. Ein Verzugszins wurde nicht geltend gemacht. II. 1. Da im vorliegenden Fall der Streitwert unter 30'000 Franken liegt, sind die Kosten des Berufungsverfahrens gemäss Art. 343 Abs. 2 OR vom Kanton Graubünden zu tragen. Die aussergerichtliche Kostenfolge richtet sich nach Art. 122 ZPO; dabei werden, wenn - wie im vorliegenden Verfahren - das Urteil nicht ausschliesslich zu Gunsten einer Partei ausfällt, die Kosten verhältnismässig ver- teilt (Abs. 2). Hat eine Partei unnötigerweise gerichtliche oder aussergerichtliche Kosten verursacht, werden ihr diese ohne Rücksicht auf den Ausgang des Pro- zesses auferlegt (Abs. 3). - Da die Vorinstanz die Klage vollumfänglich abgewie- sen hat, musste sie nur über die von der Klägerin zu leistende ausseramtliche Entschädigung entscheiden. Sie stellte fest, angesichts des Praktikantenstatus' und des Angestelltenverhältnisses der Rechtsvertreterin der Y. sei der von der Beklagten geltend gemachte Betrag von Fr. 771.-- angemessen. Sie führte dann aber doch weiter an, demgegenüber erscheine der in der Kostennote des klägerischen Anwalts geltend gemachte Aufwand von Fr. 7'452.80 für den vorliegenden Fall reichlich hoch angesetzt. 2.a) Nachdem die Klägerin im Berufungsverfahren einen Teilerfolg erzielt hat, ist auch über die aussergerichtliche Kostenfolge im erstinstanzlichen Verfah- ren neu zu entscheiden. Beide Parteien haben vor Bezirksgericht ihre Kostenno- ten eingereicht, wobei jene der Beklagtschaft zu keinen Diskussionen Anlass gibt. Der Rechtsvertreter der Klägerin verrechnete im erstinstanzlichen Verfahren 33.3 Arbeitsstunden zu 200 Franken, also ein Honorar von 6'660 Franken nebst Bar-

Seite 18 — 21 auslagen von Fr. 266.40, was zusammen mit der Mehrwertsteuer von Fr. 526.40 einen Rechnungsbetrag von Fr. 7'452.80 ergab. Das Kantonsgericht geht mit der Vorinstanz einig, dass die in Rechnung gestellten Arbeitsstunden dem zu ent- schädigenden notwendigen Aufwand nicht entsprechen und daher angemessen herabzusetzen sind. Es handelt sich vorliegend um einen aktenmässig wenig umfangreichen Fall mit einem einfachen Beweisverfahren und ohne anspruchs- volle Rechtsfragen. Die Frage der Rechtmässigkeit der Kündigung konnte bei nüchterner Betrachtung von vornherein nicht zweifelhaft sein und hätte folglich schon nach einer rudimentären Prüfung nicht weiterverfolgt werden dürfen. Dies hätte den Aufwand für die Redaktion der Prozesseingabe, für die Vorbereitung des Plädoyers und für das Beweisverfahren wesentlich reduziert. Der Aufwand hat sodann auch in einem vernünftigen Verhältnis zum Streitwert zu stehen, was im vorliegenden Fall nicht genügend beachtet wurde. Alle diese Umstände sind bei der Bemessung der ausseramtlichen Entschädigung zu berücksichtigen. Anderer- seits hat der klägerische Rechtsvertreter in seiner Kostennote bereits den in Fällen unentgeltlicher Rechtspflege reduzierten Stundenansatz von 200 Franken anstelle des Normalansatzes von 240 Franken angewandt. Das Bundesgericht hat bezüg- lich der Frage der Höhe der Parteientschädigung bei Obsiegen im Falle unentgelt- licher Vertretung festgestellt, der öffentlich-rechtliche Entschädigungsanspruch des amtlichen Anwalts habe subsidiären Charakter und bleibe ohne Einfluss auf die Prozessentschädigung des unterliegenden Gegners; er komme zum Tragen, wenn keine Prozessentschädigung geschuldet oder diese uneinbringlich sei (BGE 5A_388/2009 vom 29. Juni 2009 = Pra 5/2010 Nr. 47). Das heisst also, dass der Rechtsanwalt, der eine Partei vertritt, welcher die unentgeltliche Rechtspflege zugestanden wurde, Anspruch auf den normalen Stundenansatz hat, soweit er obsiegt. Bei einer anderen Betrachtungsweise würde die unterliegende Partei davon profitieren, dass der Gegenpartei ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewil- ligt wurde, was nicht der Sinn der unentgeltlichen Rechtspflege sein kann. Ist unter

Berücksichtigung des entschädigungspflichtigen Aufwands eine Reduktion der verrechneten Stunden um rund einen Drittel gerechtfertigt und erhöht man andererseits den anzuwendenden Stundenansatz auf 240 Franken, so erscheint für das erstinstanzliche Verfahren ein Honorar einschliesslich Spesen und Mehrwertsteuer von 6'000 Franken angemessen. b) Auch der im zweitinstanzlichen Verfahren ausgewiesene Zeitaufwand von 12,5 Stunden ist übersetzt. Der Rechtsvertreter der Klägerin befasste sich vor Kantonsgericht wiederum in langen Ausführungen zur Frage der Rechtmässigkeit der Kündigung und zum behaupteten Mobbing, zwei Themen, die von

Seite 19 — 21 der Vorinstanz mit überzeugender Begründung als aussichtslos abgehandelt wurden und bei realistischer Betrachtungsweise nicht mehr zum Gegenstand des Berufungsverfahrens hätte gemacht werden dürfen. Der durch das Beharren auf diesem Teil der Klage entstandene überflüssige Aufwand kann nicht in Rechnung gestellt werden, und es ist die Kostennote folglich entsprechend herabzusetzen. Andererseits gilt bezüglich des Stundenansatzes auch für das Berufungsverfahren das oben Gesagte. Ist demnach eine Reduktion des geltend gemachten Aufwands um rund neun Stunden gerechtfertigt und erhöht man andererseits den Stundenansatz auf das übliche Mass von 240 Franken, so ist für das Verfahren vor Kantonsgericht ein Honorar einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer von 2'400 Franken angemessen. 3. Die Klägerin ist mit ihrer Forderung zu gut 31 % durchgedrungen, so dass es gerechtfertigt ist, sie mit zwei Dritteln und die Beklagte mit einem Drittel der aussergerichtlichen Kosten beider Instanzen zu belasten. a) Für das erstinstanzliche Verfahren bedeutet dies, dass X. die Y. mit Fr. 514.--, die Beklagte hingegen die Klägerin mit Fr. 2'000.-- zu entschädigen hat, so dass eine Differenz zu Gunsten von X. von Fr. 1'486.-- resultiert. Soweit der notwendige Aufwand des Rechtsvertreters von X. nicht durch die zugesprochene Entschädigung gedeckt ist, sind die im Verfahren vor Bezirksgericht A. angefallenen notwendigen Kosten ihrer Rechtsvertretung gestützt auf die gewährte unentgeltliche Rechtspflege von der Gemeinde A. zu tragen (vgl. Art. 47 Abs. 3 ZPO). Die Festsetzung der Entschädigung für das Verfahren vor Bezirksgericht A. obliegt dem Bezirksgerichtspräsidenten als Vorsitzendem und hat separat im Verfahren nach Art. 47 Abs. 4 ZPO zu erfolgen. b) Im Berufungsverfahren reichte die Rechtsvertreterin der Y. eine Honorarnote von Fr. 270.-- ein, so dass sie von der Berufungsklägerin mit Fr. 180.-- zu entschädigen ist. Auf der anderen Seite hat die Beklagte X. mit einem Drittel des ihrem Anwalt zugesprochenen Honorars von Fr. 2'400.--, also mit Fr. 800.-- zu entschädigen, so dass eine Forderung zu Gunsten der Berufungsklägerin von Fr. 710.-- verbleibt. Auch im Berufungsverfahren wurde X. die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und ihr Rechtsvertreter zum Rechtsbeistand nach Art. 46 ZPO bestellt. Wiederum bleibt demnach festzuhalten, dass sich X. die ihr zugesprochene Entschädigung gestützt auf Art. 47 Abs. 3 ZPO an die grundsätzlich von der Gemeinde A. zu tragenden notwendigen Kosten ihrer Rechtsvertretung anzurechnen lassen hat. Die Festsetzung des Honorars ihres unentgeltlichen Rechtsbeistands unter Berücksichtigung der von der Gegenpartei

Seite 20 — 21 erhaltenen ausseramtlichen Entschädigung erfolgt durch den Vorsitzenden der Zivilkammer im Verfahren nach Art. 47 Abs. 4 ZPO.

Seite 21 — 21 III.