

GR_GERICHTE ZK2 2012 35 vom 12. März 2013

GR Gerichte, 2013-03-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2012_35

FR: GR_GERICHTE ZK2 2012 35 du 12 mars 2013

IT: GR_GERICHTE ZK2 2012 35 del 12 marzo 2013

Regeste

Forderung aus Arbeitsvertrag | Berufung OR Arbeitsvertrag

Erwägungen

E. 6

Mai 2011 zu bezahlen. 2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger ein Arbeitszeugnis aus- zustellen. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten.“ Die Y._____ GmbH stellte folgende Rechtsbegehren: „1. Abweisung der Ziffer 1 des klägerischen Rechtsbegehrens. 2. Anerkennung der Ziffer 2 des klägerischen Rechtsbegehrens. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Klägers.“ G. Mit Klage vom 22. Juni 2011 prosequierte X._____ die Streitsache an das Bezirksgericht Plessur. Dabei hielt er an den anlässlich der Sühneverhandlung gestellten Rechtsbegehren fest. X._____ machte geltend, er sei anlässlich der Besprechung vom 27. Februar 2011 vorläufig freigestellt worden. Mit Schreiben vom 21. April 2011 habe man ihm sodann ungerechtfertigterweise fristlos gekün- digt. Aufgrund dessen machte er Lohnforderungen sowie eine Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR geltend. Weiter verlangte er die die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses. Die Klageantwort datiert vom 28. September 2011. Die Y._____ GmbH forderte darin die Abweisung der Klage, soweit darauf eingetreten werden könne, unter

Seite 4 — 18 Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten von X._____. Die Y._____ GmbH stellte sich auf den Standpunkt, anlässlich der Besprechung vom 27. Februar 2011 hätten die Parteien das Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen aufge- hoben. Daher stünden X._____ keine finanziellen Ansprüche mehr zu. Vorsorglich machte sie diverse Verrechnungsforderungen geltend. Weiter führte sie aus, der Anspruch auf ein Arbeitszeugnis sei nie bestritten worden und er sei bereits von Gesetzes wegen gegeben. Für das entsprechende Rechtsbegehren fehle es demnach an einem Rechtsschutzinteresse. H. Mit Entscheid vom 23. Februar 2012, mitgeteilt am 28. Juni 2012, erkannte das Bezirksgericht Plessur: „1. Die Y._____ GmbH wird verpflichtet, X._____ ein wahres, vollständi- ges Arbeitszeugnis auszustellen. 2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. 3. a) Die Gerichtskosten in Höhe von CHF 6'000.00 gehen zu Lasten der Gerichtskasse. b) X._____ hat die Y._____ GmbH mit CHF 4'004.65 (inkl. Barausla- gen und MwSt.) aussergerichtlich zu entschädigen. c) Der unentgeltliche Rechtsbeistand des Klägers, lic. iur. et oec. Pius Fryberg wird – unter Vorbehalt von Art. 123 ZPO – zu Lasten des Kantons Graubünden mit CHF 3'337.20 (inkl. Barauslagen und MwSt.) entschädigt. Die Entschädigung wird aus der Gerichtskasse bezahlt. 4. a) (Rechtsmittelbelehrung) b) (Rechtsmittelbelehrung Kostenentscheid) 5. (Mitteilung)“ I. Dagegen liess X._____ am 22. August 2012 Berufung an das Kantonsge- richt von Graubünden erklären. Er beantragt: „1. Die Ziff. 2 und 3 des Dispositivs des angefochtenen Urteils seien auf- zuheben. 2. Die

Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger folgende Beträge zu bezahlen: CHF 11'759.20 (4 Nettomonatslöhne abzgl. CHF 1'852.00) CHF 7'000.00 Entschädigung gemäss 337c Abs. 3 OR CHF 18'759.20 Total nebst 5% Zins seit 21.04.2011 Die Beklagte sei zu verpflichten, vom Bruttolohn von CHF 3'888.00 pro Monat die Sozialabzüge den einzelnen Institutionen zu überweisen. 3. Die Beklagte sei zu verpflichten, den Kläger für das vorinstanzliche Verfahren mit CHF 4'000.00 aussergerichtlich zu entschädigen.

Seite 5 — 18 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge für das Berufungsverfahren zu Lasten der Berufungsbeklagten.“ Mit Berufungsantwort vom 26. September 2012 liess die Y. _____ GmbH die kostenfällige Abweisung der Berufung beantragen. Auf die Erwägungen im angefochtenen Urteil und auf die Ausführungen der Parteien in ihren Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, im Folgenden eingegangen. II. Erwägungen 1. Der angefochtene Entscheid des Bezirksgerichts Plessur vom 23. Februar 2012 wurde den Parteien am 28. Juni 2012 mitgeteilt. Er wurde somit nach Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) eröffnet, weshalb letztere auf das vorliegende Verfahren Anwendung findet (Art. 405 Abs. 1 ZPO). 2.a) Gemäss Art. 308 Abs. 1 ZPO sind mit der Berufung erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide sowie erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen anfechtbar. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.-- beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Berufung ist unter Beilage des angefochtenen Entscheids innert 30 Tagen seit der Zustellung desselben beim Kantonsgericht von Graubünden schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 ZPO und Art. 7 Abs. 1 des kantonalen Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [EGZPO; BR 320.100]). b) Mit dem angefochtenen Urteil liegt ein Endentscheid vor, wurde damit doch das vorinstanzliche Verfahren durch Sachentscheid (im Wesentlichen Abweisung der Klage) beendet (vgl. Art. 236 Abs. 1 ZPO; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 308 N 14). Zudem übersteigt der Streitwert ganz offensichtlich Fr. 10'000.--. Weiter wurde das angefochtene Urteil vom 23. Februar 2012 den Parteien am 28. Juni 2012 schriftlich mitgeteilt. Unter Berücksichtigung der Gerichtsferien ist die Berufung vom 22. August 2012 somit rechtzeitig. Da die Berufung im Übrigen den Formerfordernissen entspricht, kann darauf eingetreten werden.

Seite 6 — 18 3. Im Berufungsverfahren macht der Kläger und Berufungskläger eine gegenüber der Klage reduzierte Lohn- und Entschädigungsforderung geltend. Er verlangt ausgehend von einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung am 21. April 2011 Lohnzahlungen für Februar bis Mai 2011 sowie eine Strafzahlung von CHF 7'000.00 (rund 2 Monatslöhne). In einer Eventualbegründung (S. 7, Ziff. 9 der Berufungsbegründung) geht er von einer ordentlichen Kündigung anlässlich der Besprechung vom 27. Februar 2011 aus. Nicht mehr Thema ist im Berufungsverfahren der Anspruch auf die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses. Die Berufungsbeklagte beantragt die kostenfällige Abweisung der Berufung. 4. Zwischen den Parteien bestand unbestrittenermassen ein Arbeitsverhältnis, welches im Jahre 2011 aufgelöst wurde. Uneinig sind sich die Parteien über die Art und den Zeitpunkt der Auflösung des Arbeitsverhältnisses und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen. Zwischen den Parteien ist zunächst strittig, was an der Sitzung vom 27. Februar 2011 vereinbart wurde. Einigkeit herrscht diesbezüglich lediglich darüber, dass der Kläger ab diesem Zeitpunkt nicht mehr arbeiten musste. Den Grund hierfür schildern die

Parteien unterschiedlich. Der Berufungskläger macht geltend, er sei freigestellt worden, und man habe das weitere Vorgehen zu einem späteren Zeitpunkt besprechen wollen. In der Folge sei er dann mit Schreiben vom 21. April 2011 fristlos entlassen worden. Die Berufungsbeklagte behauptet, die Parteien hätten den Vertrag im gegenseitigen Einvernehmen aufgelöst. Somit gilt es zunächst den rechtsrelevanten Sachverhalt festzustellen. a) Aufgrund der unterschiedlichen Parteidispositionen ist anhand des Beweisergebnisses zu ermitteln, welcher Sachdarstellung zu folgen ist. Stehen sich in einem Prozess widersprüchliche Aussagen gegenüber, so würdigt das Gericht die massgeblichen Beweise nach freier Überzeugung (Art. 157 ZPO). Beweiswürdigung bedeutet Wertung der Ergebnisse des Beweisverfahrens mit Blick auf die zu beweisende Tatsachenbehauptung. Freie Beweiswürdigung heisst, dass das Gericht an keine Beweisregeln gebunden ist, welche die Beweiskraft einzelner Beweismittel normieren ausser an die vom Gesetz vorgegebenen Schranken. Gewürdigt werden sowohl die einzelnen Beweismittel als auch das Gesamtergebnis, wobei auch das Verhalten der Parteien in die Gesamtschau einfliesst. Gestützt darauf muss entschieden werden, ob das für die zu beweisende Tatsachenbehauptung erforderliche Mass an Gewissheit erreicht ist (vgl. Hans Schmid, in: Paul Oberhammer [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, Basel 2010, N 3 ff. zu Art. 157 ZPO).

Seite 7 — 18 b)aa) Der Berufungskläger rügt, die Vorinstanz habe sich zu Unrecht der Ansicht der Beklagten angeschlossen, wonach das Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einverständnis aufgelöst worden sei. Es gebe keine Zeugen, welche den Verlauf des fraglichen Gesprächs bestätigen könnten. Der Zeuge D._____ habe ausdrücklich erklärt, er kenne den Unterschied zwischen Kündigung und einvernehmlicher Auflösung des Arbeitsverhältnisses. C._____ habe sich ihm gegenüber geäussert, er habe X._____ gekündigt. Deshalb könne aus diesen Zeugenaussagen auf keinen Fall geschlossen werden, das Arbeitsverhältnis sei zwischen den Parteien tags zuvor im gegenseitigen Einvernehmen aufgelöst worden. Vielmehr sei er anlässlich der Besprechung vom 27. Februar 2011 freigestellt worden. Über die Fasnachtstage sei ein neues Team eingesetzt worden, nämlich die Tochter von D._____, welche sich am Geschäft finanziell habe beteiligen wollen. Aus diesem Grund habe es ihn über die Fasnachtstage nicht gebraucht. In der Folge habe man weiterschauen wollen. Dies mache auch durchaus Sinn, zumal er zur Hälfte an der Y._____ GmbH beteiligt sei, so dass er nicht ohne weiteres entlassen werden könne. Dass dies so vereinbart worden sei, ergebe sich auch aus dem Schreiben vom 30. März 2011. bb) Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Der Aufhebungsvertrag kommt durch übereinstimmende gegenseitige Willensäusserungen der Parteien zustande. Er ist formfrei möglich. Auch ein konkludentes Zustandekommen des Aufhebungsvertrages ist möglich. Eine Aufhebung darf indessen nicht leichthin angenommen werden. Sofern sich nicht ermitteln lässt, was die Parteien tatsächlich gewollt und verstanden haben, kommt das Vertrauensprinzip zum Zug, das nicht nur über den Erklärungsinhalt, sondern auch darüber entscheidet, ob überhaupt eine Erklärung im Rechtssinne vorliegt. Dabei bildet die Interessenlage einen wichtigen Anhaltspunkt dafür, auf welchen Willen nach Treu und Glauben zu schliessen ist (vgl. Wolfgang Portmann, Der Aufhebungsvertrag im Individualarbeitsrecht, in: Besonderes Vertragsrecht-aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich 2002, S. 358 ff.). cc) Anlässlich der Besprechung vom 27. Februar 2011 waren lediglich der Berufungskläger sowie seitens der Berufungsbeklagten C._____ anwesend. Direkte Zeugen des Gesprächs gibt es nicht. Es ist somit auf das übrige Beweisergebnis abzustellen, wobei

dieses nur indirekt Rückschlüsse auf die getroffenen Vereinbarungen zulässt. D._____ wurde am 20. Dezember 2011 als Zeuge befragt. Der Zeuge bestätigte auf Anfrage, als Kunde in der C._____ zu verkehren. C._____ habe ihn kontaktiert und berichtet, dass X._____ beabsichtige, als Gesellschafter

Seite 8 — 18 und Geschäftsführer der Y._____ GmbH auszusteigen. Aus diesem Grund sei er von C._____ angefragt worden, ob er sich an der C._____ beteiligen wolle. D._____ berichtete, er sei an jenem Abend anwesend gewesen, an welchem X._____ C._____ das Portemonnaie und die Schlüssel übergeben habe. Im Portemonnaie hätten sich rund CHF 600.00 befunden. Zusätzlich zum Umsatz hätte aber noch ein Stock von CHF 700.00 vorhanden sein müssen. Er (D._____) habe darauf erklärt, bei einem solchen Wochenumsatz müsse man über eine Weiterführung des Betriebs gar nicht reden. Vorher sei ihm gesagt worden, der Wochenumsatz betrage rund CHF 4'500.00 – CHF 5'000.00. Der Umsatz sei allerdings im letzten halben Jahr massiv gesunken. C._____ habe gegenüber X._____ bemerkt, angesichts dieser Entwicklung komme es zum Konkurs. Über die Kündigung hätten sich die Parteien offenbar am Vortag verständigt, weshalb es zur Übergabe des Portemonnaies und der Schlüssel gekommen sei. X._____ sei es ein Anliegen gewesen, möglichst bald stempeln zu können und dass C._____ deshalb die notwendigen Formulare der ALV ausfülle. Über die Papiere der ALV sei längere Zeit geredet worden. Er kenne den Unterschied zwischen Kündigung und einvernehmlicher Auflösung des Arbeitsverhältnisses. C._____ habe sich ihm gegenüber geäußert, er habe X._____ gekündigt. Er habe in der Folge finanzielle Unterstützung über die Fasnachtszeit angeboten, damit nicht auch diese Umsätze verloren gingen. Er habe den Vorgang so empfunden, dass es für die Beteiligten klar gewesen sei, X._____ höre sofort auf. Es sei zu keinem Zeitpunkt die Rede davon gewesen, X._____ arbeite nach der Fasnacht weiter. X._____ habe denn auch nicht seine Arbeitsleistung angeboten. Aus seiner Sicht sei das Gespräch zwischen C._____ und X._____ in gutem Einvernehmen verlaufen. C._____ habe den Wunsch geäußert, dass nach so langer Zusammenarbeit die Trennung einvernehmlich erfolgen könne und X._____ habe dem zugestimmt. dd) Die Zeugenaussage D._____ lässt klar darauf schliessen, dass sich die Parteien nicht nur über eine vorläufige Freistellung des Berufungsklägers, sondern über eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses einigten. So übergab X._____ C._____ in Anwesenheit des Zeugen D._____ das Portemonnaie und die Schlüssel. Dies hätte keinen Sinn gemacht, wenn der Berufungskläger lediglich über die Fasnachtszeit freigestellt worden wäre. Sodann hat der Zeuge D._____ den Vorgang so empfunden, es sei für die Beteiligten klar gewesen, dass X._____ sofort aufhöre zu arbeiten. Zu keinem Zeitpunkt sei die Rede davon gewesen, X._____ nehme nach der Fasnacht seine Tätigkeit wieder auf. X._____ habe denn auch nicht seine Arbeitsleistung angeboten. Aus seiner Sicht sei das Gespräch zwischen C._____ und X._____ in gutem Einvernehmen verlaufen. Die II. Zivilkam-

Seite 9 — 18 mer folgt der Vorinstanz, wonach der Zeuge D._____ eine einvernehmliche Beendigung des fraglichen Arbeitsverhältnisses geschildert hat und nicht eine vorläufige Freistellung des Berufungsklägers. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Zeuge auf entsprechende Frage bezeugt hat, den Unterschied zwischen einvernehmlicher Auflösung des Arbeitsverhältnisses und Kündigung zu kennen und in der Folge von einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses sprach. Ob der nicht juristisch gebildete Zeuge die rechtlichen Differenzierungen tatsächlich kennt, kann offen gelassen werden. Die Rechtsanwendung ist jedenfalls Sache des Gerichts. Der Zeuge war beim besagten

Gespräch am 27. Februar 2011 nicht zugegen, doch lassen die Aussagen, welche D. _____ über seine eigenen Wahrnehmungen anlässlich der Abgabe der Portemonnaies und der Schlüssel am Tag danach machte, eindeutig auf eine einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses schliessen. Ebenfalls gegen eine Freistellung des Berufungsklägers und für eine einvernehmliche Auflösung des Arbeitsvertrags spricht die Tatsache, dass in Anwesenheit von D. _____ zwischen dem Berufungskläger und C. _____ längere Zeit über die Papiere der Arbeitslosenversicherung (ALV) geredet wurde. Gemäss Zeuge D. _____ war es dem Berufungskläger ein Anliegen, möglichst rasch stem-peln zu können. Kommt hinzu, dass der Berufungskläger im ALV-Verfahren – in Widerspruch zu seinen hauptsächlichlichen Dispositionen im vorliegenden Verfahren (vgl. immerhin Plädoyer Kläger S. 2 Ziff. 4) – selbst davon spricht, es sei ihm bereits am 27. Februar 2011 fristlos gekündigt worden (vgl. Einsprache des Berufungsklägers vom 23. September 2011 gegen die Verfügung der Arbeitslosenkasse vom 30. August 2011, S. 1 unten und S. 2). Sodann erkundigte sich der Berufungskläger im Anschluss an die Besprechung vom 27. Februar 2011 beim Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) über die Voraussetzungen für ALV-Leistungen (kB 4). Ferner gilt der Umstand zu beachten, dass D. _____ gemäss seiner glaubhaften Zeugenaussage über den Geschäftsgang der Bar orientiert war. C. _____ hat nämlich in Anwesenheit des Zeugen das Barportemonnaie mit einem Wochenumsatz von CHF 600.00 überreicht, ohne den zusätzlichen Stock von CHF 700.00. Darauf erklärte der Zeuge, unter diesen Umständen müsse man über die Weiterführung des Betriebs gar nicht mehr sprechen. Für D. _____ war in dem Moment klar, dass er sich an der Beklagten nicht beteiligen wollte. Zu Recht hat die Vorinstanz daraus den Schluss gezogen, dass es bei dieser Sachlage – entgegen der Behauptung des Berufungsklägers - keinen Anlass gab, ein neues Team einzusetzen und den Kläger über die Fasnachtszeit freizustellen. Gegen eine vorläufige Freistellung spricht überdies die sich aus den Akten ergebende schlechte wirtschaftliche Situation der Berufungsbeklagten. Eine Freistellung hätte

Seite 10 — 18 sie sich gar nicht leisten können. Dass die wirtschaftliche Situation der Beklagten tatsächlich schlecht war, bestätigen die Zeugen D. _____, F. _____ und A. _____. Wie bereits ausgeführt, war D. _____ bei der Übergabe des Portemonnaies mit einem Inhalt von lediglich CHF 600.00 anwesend. C. _____ habe sich denn auch gegenüber Herrn X. _____ dahingehend geäussert, dass unter diesen Umständen der Konkurs drohe. F. _____, welcher als Treuhänder für die Berufungsbeklagte arbeitete, gab als Zeuge zu Protokoll, er habe die monatlichen Lohnabrechnungen für den Berufungskläger erstellt. Dessen Lohn habe sich aus CHF 2'500.00 brutto und einer zusätzlichen Umsatzbeteiligung von 5% zusammengesetzt. Die Parteien hätten zudem eine schriftliche Vereinbarung getroffen, wonach der Berufungskläger eine Lohnerhöhung erhalte (vgl. kB 3), mit welcher er den auf ihn lautenden Stammanteil der Beklagten abzahlen könne. Aufgrund der niedrigen Umsätze der Berufungsbeklagten habe in der Folge diese Lohnerhöhung im Umfang von CHF 600.00 nie ausbezahlt werden können. A. _____, die Ehefrau von C. _____, führte anlässlich ihrer Befragung als Zeugin am 20. Dezember 2011 aus, X. _____ habe ihren Anteil an der Gesellschaft übernommen und hätte ihr dafür CHF 6'000.00 bezahlen sollen. Sie habe aber lediglich CHF 1'000.00 erhalten. Ein weiterer Kapitalanteil hätte durch Lohnabzüge gedeckt werden sollen. Sie habe das Geld aber nicht erhalten. Damit bestätigt sie die Aussage des Zeugen F. _____, wonach die Lohnerhöhung zwecks Tilgung der Kapitalschuld aufgrund der niedrigen Umsätze nie hat gutgeschrieben werden können. Die Zeugen haben somit übereinstimmend dargelegt, dass die Berufungsbeklagte sich in einer schlechten finanziellen Lage befand. Die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts hat keinen

Anlass, um an diesen Zeugenaussagen zu zweifeln, obwohl F._____ als Treuhänder für die Berufungsbeklagte tätig war und A._____ die Ehefrau von C._____ ist. Beide haben unter der Strafanndrohung von Art. 160 Abs. 1 lit. a und Art. 171 Abs. 1 ZPO ausgesagt. c) Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die Vorinstanz in Würdigung der Zeugenaussagen, namentlich der Zeugenaussage D._____, der Aussagen und des Verhaltens der Parteien (Erstattung von Portemonnaie und Schlüssel) zu Recht darauf geschlossen hat, die Parteien hätten sich anlässlich der Besprechung vom 27. Februar 2011 darauf geeinigt, das Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen per sofort aufzulösen. Der Verlust der Lohnfortzahlung spricht nicht dagegen, zumal sich aus den Akten ergibt, dass der Kläger vorerst offenbar davon ausging, er könne sich über die ALV schadlos halten. Erst als sich dies als Irrtum herausstellte, verlangte er von der Arbeitgeberin eine ordentli-

Seite 11 — 18 che Kündigung, mit der ausdrücklichen Begründung, er brauche eine solche für die ALV (vgl. kB 4). 5.a) Der Berufungskläger macht geltend, ein Vertrag über die Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses sei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur zulässig, wenn er nicht zu einer klaren Umgehung des zwingenden gesetzlichen Kündigungsschutzes führe. Ein solcher Vertrag habe für den Arbeitnehmer entscheidende Folgen. Er lasse den Kündigungsschutz entfallen und verkürze den Anspruch auf Arbeitslosengeld. Insbesondere aber gehe der Arbeitnehmer eines Teils seines Lohnanspruches verlustig. Es widerspreche der allgemeinen Lebenserfahrung, dass der Arbeitnehmer auf derartige Vorteile ohne Gegenleistung verzichte. Dem habe die Vorinstanz grundsätzlich zugestimmt, betrachte allerdings dieses Argument für nicht sichthaltig, da aufgrund der Akten feststehe, dass die Beklagte im Zeitpunkt der Unterredung in finanziellen Schwierigkeiten gesteckt habe und er somit im Falle eines Konkurses trotz eines allenfalls bestehenden Anspruches auf Lohnfortzahlung mit grosser Wahrscheinlichkeit leer ausgegangen wäre. Dieser Argumentation könne nicht gefolgt werden, zumal die Firma – trotz den finanziellen Schwierigkeiten – bis heute nicht in Konkurs gegangen sei. Wenn die Firma in Konkurs gegangen wäre, hätte der Berufungskläger Anspruch auf eine Insolvenzenschädigung im Sinne von Art. 51 AVIG gehabt. b) Diese Rüge ist – wie noch zu zeigen sein wird – zum Teil gerechtfertigt. Ein Vertrag über die Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses ist nach der Praxis grundsätzlich zulässig, sofern er nicht zu einer klaren Verletzung oder Umgehung von zwingenden Vorschriften wie jenen des gesetzlichen Kündigungsschutzes führt. Art. 341 Abs. 1 OR verbietet nur den einseitigen Verzicht und nicht auch den Vergleich, bei dem beide Parteien auf Ansprüche verzichten und damit ihr gegenseitiges Verhältnis klären. Ein Aufhebungsvertrag hat für den Arbeitnehmer einschneidende Folgen. Er lässt den Kündigungsschutz entfallen und verkürzt den Anspruch auf Arbeitslosengeld. Liegt der einvernehmlich festgelegte Endtermin vor dem Ende der Kündigungsfrist, so geht der Arbeitnehmer mit dem Abschluss eines Aufhebungsvertrags zudem eines Teils seines Lohnanspruches verlustig. Der Aufhebungsvertrag bedarf daher einer Rechtfertigung durch die Interessen des Arbeitnehmers. Es ist folglich stets zu prüfen, was der mutmassliche Verzicht des Arbeitgebers für den Arbeitnehmer tatsächlich bedeutet. Im Einzelfall hat eine Interessenabwägung zu erfolgen, wobei zu beurteilen ist, ob die beidseitigen Ansprüche, auf die verzichtet wird, von ungefähr gleichem Wert sind. Ist ein übereinstimmender Wille, das Arbeitsverhältnis zu beenden, erstellt, ist für die Gültigkeit

Seite 12 — 18 einer solchen Vereinbarung, soweit sei einen Verzicht auf Ansprüche aus zwin- gendem Recht bedeutet, zusätzlich vorausgesetzt, dass es sich beim Aufhe- bungsvertrag um einen echten Vergleich handelt, bei welchem beide Parteien Konzessionen machen (Urteil des Bundesgerichts 4A_563/2011 vom 19.01.2012 E. 4 ; JAR 2004 E. 3, S. 513 ff.; Wolfgang Portmann, a.a.O., S. 362 ff.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich 2012, N 10 zu Art. 335 OR). c) Nachdem vorliegend gemäss obigen Ausführungen von einem überein- stimmenden Willen zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses auszugehen ist, ist demnach in einem nächsten Schritt zu prüfen, inwieweit es sich dabei um einen echten Vergleich handelt, an welchem auch der Arbeitnehmer ein vernünftiges gleichwertiges Interesse wie die Arbeitgeberin hat. Ein solches Interesse ist vorlie- gend nicht erkennbar und wird auch nicht geltend gemacht. Ausserdem kann ein fehlender Nachteil selbstredend nicht als gleichwertiges Interesse angesehen werden, welches einen Aufhebungsvertrag rechtfertigen würde. Zugeständnisse der Arbeitgeberin sind nicht ersichtlich. Der gegenseitige Verzicht auf Arbeit und Lohn allein kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht als genügen- des gegenseitiges Zugeständnis angesehen werden (Wolfgang Portmann, a.a.O., S. 367 mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Vorliegend kann keine adäquate Gegenleistung der Arbeitgeberin und kein vernünftiges Interesse des Arbeitnehmers am Aufhebungsvertrag ausgemacht werden. Damit liegt eine Umgehung zwingender Kündigungsschutzbestimmungen vor, ohne dass dafür ein rechtfertigender Grund ersichtlich ist. Hinzu kommt, dass sich der Berufungskläger zum Zeitpunkt des Aufhebungsvertrags der Konsequenzen, namentlich der allfälli- gen Kürzung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung offenbar nicht be- wusst war. Demzufolge erweist sich der Aufhebungsvertrag als unzulässig. 6.a) Somit sind nachfolgend die Rechtsfolgen der Unzulässigkeit zu prüfen. Werden durch einen Aufhebungsvertrag in unzulässiger Weise Kündigungs- schutzbestimmungen umgangen, so bleiben die entsprechenden gesetzlichen oder gesamtarbeitsvertraglichen Ansprüche trotz einverständlicher Auflösung des Vertrags erhalten. Wird das Arbeitsverhältnis vor Ablauf der Kündigungsfrist ein- vernehmlich beendet, so fällt eine Umgehung der Schutzbestimmungen sowohl bei ordentlicher als auch bei ausserordentlicher Kündigung in Betracht. Welche der beiden Varianten im Einzelfall zum Zug kommt, ist danach zu entscheiden, ob der Arbeitgeber eine ordentliche oder eine ausserordentliche Kündigung ausge- sprochen hätte, falls der Aufhebungsvertrag nicht zustande gekommen wäre. Je nachdem hat der Arbeitnehmer entweder Ansprüche auf Lohnnachzahlung bis

Seite 13 — 18 zum ordentlichen Kündigungstermin und gegebenenfalls auf Lohnfortzahlung nach Art. 324a in Verbindung mit Art. 336c OR oder aber Ansprüche auf Ersatz und Entschädigung im Sinne von Art. 337c Abs. 1 und 3 OR. Die Beweislast, dass der Arbeitgeber ausserordentlich gekündigt hätte, trägt der Arbeitnehmer (Urteil des Bundesgerichts 4C.383/1999 vom 13.06.2000 E. 1b und c; Wolfgang Portmann, a.a.O., S. 368 f.). b) Vorliegend ergibt sich aus den Akten, dass die Parteien das Arbeitsverhält- nis in jedem Fall auflösen wollten (vgl. Erwägungen zum Aufhebungsvertrag, 3.b). Nicht nachgewiesen und aufgrund der kurzen Kündigungsfrist von einem Monat und der fehlenden Anhaltspunkte und Gründe nicht anzunehmen ist, dass ohne Aufhebungsvertrag eine ausserordentliche Kündigung ausgesprochen worden wä- re. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Vertrag diesfalls ordentlich gekündigt worden wäre. Somit hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Lohnnachzahlung bis zum ordentlichen Kündigungstermin. Es liegt ein Fall von Art. 324 OR (Arbeitgeberver- zug) vor (vgl. JAR 2009, S. 480 f.). Gemäss

letztgenannter Bestimmung bleibt der Arbeitgeber zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist, wenn die Arbeit infolge Verschulden des Arbeitgebers nicht geleistet werden kann oder er aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug kommt. Ein Anbieten der Arbeit seitens des Berufungsklägers erübrigte sich, da von einem Aufhebungsvertrag auszugehen ist. Ausgehend von einer ordentlichen Kündigungsfrist von einem Monat sind somit die Löhne für Februar (Restzahlung) und März 2011 geschuldet. Zu prüfen ist nachfolgend, was der Berufungskläger bei ordentlicher Vertragskündigung durch die Berufungsbeklagte in dieser Zeit verdient hätte. c) Die Parteidispositionen bezüglich der Lohnhöhe divergieren und die jeweiligen Angaben werden scheinbar beidseits nach Belieben geändert und angepasst. Der Kläger legte in seiner Klage dar (S. 5), dass im Jahre 2010 ein Nettolohn von insgesamt CHF 36'757.00, somit monatlich rund CHF 3'000.00 netto, ausbezahlt worden seien. Dieser Lohn sei für einen Alleinangestellten in einer Bar um mindestens CHF 1'000.00 (monatlich) zu tief, weshalb die Arbeitgeberin nachzuzahlen habe. Die Beklagte ihrerseits ging von einem durchschnittlichen Bruttolohn von CHF 3'888.00 pro Monat aus (Klageantwort, S. 7). In der Berufung (S. 2) verlangt nun der Berufungskläger ebenfalls einen Bruttolohn von monatlich CHF 3'888.00, netto somit CHF 3'402.80. Die Berufungsbeklagte führt dagegen aus (Berufungsantwort S.7), der Lohn betrage gemäss separater Vereinbarung nicht CHF 2'500.00, sondern monatlich CHF 3'100.00 zuzüglich 5% Umsatz. Dass der

Seite 14 — 18 Grundlohn CHF 3'100.00 betrug, ergebe sich aus der vom Kläger eingereichten Urkunde (kB 3). Auszugehen ist vom gemäss Vereinbarung vom 31. Juli 2009 (kB 3) ausgehandelten Grundlohn von CHF 3'100.00 (brutto), wovon CHF 600.00 einbehalten werden können in Anrechnung auf den Kaufpreis für den Stammanteil an der Y._____ GmbH. Für den Februar 2011 liegt eine gestützt darauf erstellte Abrechnung der Arbeitgeberin bei den Akten (kB 9), auf die sich der Kläger selbst in seiner Prozesseingabe vom 22. Juni 2011, S. 5 Ziff. 5 berief. Darauf ist er zu behaften. Die Abrechnung ist korrekt, weshalb unter Berücksichtigung der bereits abgeführten Sozialabzüge ein Betrag von CHF 673.50 ausstehend ist. Für den Monat März 2011 ist vom vereinbarten Brutto-Grundlohn von CHF 3'100.00 auszugehen. Aufgrund der Vereinbarung vom 31. Juli 2009 (namentlich deren Ziff. 6) entfällt der Abzug von CHF 600.00, nachdem das Arbeitsverhältnis aufgelöst wurde. Zusätzlich ist eine Umsatzbeteiligung (Bonus) als Lohnbestandteil geschuldet. Mangels konkreter Angaben ist von einem Durchschnittswert auszugehen. Die Beklagte selbst errechnete in der Klageantwort auf S. 7 Ziff. 5.c ein durchschnittliches Bruttoeinkommen von CHF 3'888.00 pro Monat inklusive Umsatzbeteiligung und Spesen von CHF 100.00 monatlich. Auf diese Berechnung stützt sich, wie bereits ausgeführt, der Kläger in seiner Berufungsbegründung, so dass grundsätzlich von diesem Betrag auszugehen ist. Spesen entfallen indessen, nachdem der Kläger in dieser Zeit nicht gearbeitet hat und somit auch keine Spesen angefallen sind. Demnach ist von einem monatlichen Bruttolohn von CHF 3'788.00 (CHF 3'888.00 abzüglich CHF 100.00) auszugehen, davon sind Sozialleistungen und KTG-Prämie von 8.62% sowie ein Fixabzug-BVG von CHF 150.00 in Abzug zu bringen (vgl. hierzu die bei den Akten liegenden Lohnabrechnungen; kB 7, 9, 10), was einen Nettobetrag von CHF 3'311.47 ergibt. Für Februar und März 2011 ergibt sich somit eine zuzusprechende Lohnforderung von CHF 3'984.97, respektive aufgerundet von CHF 3'985.00 netto.

E. 7

Zu prüfen bleibt, ob die ausstehende Forderung durch die von der Beklagten erhobene Verrechnungseinrede getilgt wurde. Im Berufungsverfahren hält die Beklagte diesbezüglich lediglich noch an der Verrechnung mit der Kaufpreisforderung für den vom Kläger gekauften Stammanteil im Umfang von CHF 6'000.00 fest. Die übrigen noch in der Klageantwort und im Plädoyer geltend gemachten Verrechnungseinreden werden nicht mehr geltend gemacht.

Seite 15 — 18 a) Gemäss Art. 125 Ziff. 2 OR und Art. 323b Abs. 2 OR kann der Arbeitgeber Gegenforderungen mit Lohnforderungen nur soweit verrechnen, als diese pfändbar sind, also soweit diese das Existenzminimum überschreiten. Diese Regelung ist beidseits zwingend (Art. 361 OR). Das Existenzminimum wird in Analogie zu Art. 325 OR in der Regel vom Betreibungsamt am Wohnsitz des Arbeitnehmers gestützt auf Art. 93 SchKG bestimmt. Im Rahmen eines Gerichtsverfahrens ist es vom Richter zu bestimmen, soweit eine Festlegung durch das Betreibungsamt nicht bereits vorliegt. Die Behauptungs- und Beweislast für die Verletzung des Existenzminimums trägt dabei grundsätzlich der Arbeitnehmer (Streiff/von Kael/Rudolph, a.a.O., N 5 zu Art. 323 OR). Vorliegend hat der Kläger keine Verletzung gerügt. Ob die Vorinstanz gestützt auf die soziale Untersuchungsmaxime von sich aus hätte tätig werden müssen, kann offen gelassen werden. Der Kläger hat dies nicht gerügt und macht selber im Berufungsverfahren, wo eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO ohnehin ausgeschlossen wäre und Noven nur im Rahmen von Art. 317 ZPO eingebracht werden können (vgl. BGE 128 III 625), keine Verletzung geltend. Er liefert auch keine Angaben zur Berechnung des Existenzminimums, so dass auf diesen Punkt nicht weiter einzugehen ist. b) Was den Nachweis der Verrechnungsforderung anbelangt, so kann diese im Umfang von CHF 5'000.00 als ausgewiesen betrachtet werden. Der Einwand des Klägers in seinem Plädoyer vor Vorinstanz, wonach dieser Betrag mit dem monatlichen Lohnabzug von CHF 600.00 beglichen worden sei, trifft offensichtlich nicht zu. Beim Lohnabzug handelt es sich um einen weiteren Bestandteil des Kaufpreises, der zusätzlich zur Einmalzahlung von CHF 6'000.00 zu bezahlen war (kB 3 Ziff. 3). Von dieser Einmalzahlung hat der Kläger CHF 1'000.00 bezahlt (vgl. Zeugenaussage A.____ S. 3 oben; Plädoyer RA Infanger S. 4), so dass ein Betrag von CHF 5'000.00 noch offen ist und nicht CHF 6'000.00 wie von der Berufungsbeklagten in der Berufungsantwort (S. 8) geltend gemacht. c) Der Kläger machte vor Vorinstanz geltend, es handle sich um eine zedierte Forderung, wobei die Zessionserklärung fehle. Entgegen diesen Behauptungen liegt die Zessionserklärung bei den Akten (bB 6). Mit Datum vom 23. April 2011 hat A.____ die besagte Forderung im Umfang von CHF 6'000.00 an die Y.____ GmbH zediert. Diese Zessionserklärung wurde zwar erst anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz eingereicht. Gestützt auf Art. 229 Abs. 2 ZPO, wonach neue Tatsachen und Beweismittel zu Beginn der Hauptverhandlung unbeschränkt vorgebracht werden können, wenn weder ein zweiter Schriftenwechsel noch eine Instruktionsverhandlung stattgefunden hat, war dies jedoch zulässig. Ob eine Ein-

Seite 16 — 18 reichung anlässlich der Hauptverhandlung auch gestützt auf Art. 229 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO hätte erfolgen können, obwohl es sich bei der Verrechnungsforderung nicht um einen arbeitsrechtlichen Anspruch handelt, braucht nicht weiter geklärt zu werden. d) Im Resultat kann somit festgehalten werden, dass die Verrechnung des Lohnanspruchs in der Höhe von CHF 3'985.00 netto, respektive CHF 4'461.50 - sofern für den März 2011 vom Bruttolohn ausgegangen wird, da diesbezüglich

noch keine Sozialabzüge abgeführt wurden - mit dieser Forderung im Umgang von CHF 5'000.00 zuzulassen ist, sodass die Klage im Endergebnis abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil - wenn auch mit einer anderen Begründung – zu bestätigen ist. Die Berufung ist demnach abzuweisen. 8.a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Prozesskosten gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO, die sich aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung zusammensetzen (vgl. Art. 95 Abs. 1 ZPO), grundsätzlich zu Lasten der unterliegenden Partei. b) Gemäss Art. 114 lit. c ZPO werden den Parteien jedoch bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.-- keine Gerichtskosten auferlegt. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 5'000.-- verbleiben demnach beim Kanton Graubünden. c) Über die Parteientschädigung ist indessen nach Massgabe von Art. 106 Abs. 1 ZPO zu befinden. Beim vorliegenden Ausgang des Verfahrens (Abweisung der Berufung) ist der obsiegenden Berufungsbeklagten zu Lasten des unterliegenden Berufungsklägers eine Parteientschädigung zuzusprechen. Mangels Einreichung einer Honorarnote wird die Parteientschädigung für die anwaltlich vertretene Berufungsbeklagte nach richterlichem Ermessen festgesetzt. Angesichts der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen sowie unter Berücksichtigung der eingereichten Rechtsschriften erscheint eine aussergerichtliche Entschädigung in Höhe von pauschal Fr. 2'000.-- (inkl. MWST) als angemessen. d) Mit Verfügung vom 3. September 2012 (ERZ 12 402) wurde X._____ die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 118 Abs. 1 ZPO erteilt. Da der Rechtsvertreter des Berufungsklägers entgegen Ziff. 4 der genannten Verfügung keine Honorarnote eingereicht hat, ist die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands nach Ermessen des Gerichts festzulegen. Im vorliegenden Fall kann bei beiden Parteien von einem ungefähr gleich hohen Verfah-

Seite 17 — 18 rensaufwand ausgegangen werden. Unter Berücksichtigung der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen erscheint demnach ein Aufwand von Fr. 2'000.-- einschliesslich Spesen und Mehrwertsteuer als angemessen. Diese Kosten werden gestützt auf die gewährte unentgeltliche Rechtspflege nach Massgabe von Art. 122 ZPO dem Kanton Graubünden in Rechnung gestellt und werden aus der Gerichtskasse bezahlt. Die Rückforderung der geleisteten Kostenhilfe im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

Seite 18 — 18 III.

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