

GR_GERICHTE ZK2 2014 22 vom 13. Juli 2015

GR Gerichte, 2015-07-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2014_22

FR: GR_GERICHTE ZK2 2014 22 du 13 juillet 2015

IT: GR_GERICHTE ZK2 2014 22 del 13 luglio 2015

Regeste

Forderung aus Arbeitsvertrag | Berufung OR Arbeitsvertrag

Erwägungen

E. 2

Der Rechtsvorschlag vom 18. Februar 2013 auf dem Zahlungsbefehl von 12. Februar 2013 in der Betreuung Nr. _____ des Betreibungsam- tes Chur sei aufzuheben und der Klägerin sei die definitive Rechtsöff- nung im Umfang des in Betreuung gesetzten Betrages von 5'260.70 zu erteilen.

E. 3

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. 4.a) Die Gerichtskosten in Höhe von CHF 1'590.00 (Entscheidgebühr CHF 1'500.00, Kosten der Beweisführung CHF 90.00) werden auf die Ge- richtskasse genommen. b) X. _____ hat die Y. _____ GmbH mit CHF 4'982.70 (inkl. Barauslagen und MwSt.) aussergerichtlich zu entschädigen. c) Der unentgeltliche Rechtsbeistand von X. _____, Rechtsanwalt lic. iur. Diego Quinter, wird - unter Vorbehalt von Art. 123 ZPO - zu Lasten des Kantons Graubünden mit CHF 4'994.70 (inkl. Barauslagen und MwSt.) entschädigt. Die Entschädigung wird aus der Gerichtskasse bezahlt.

E. 5

(Rechtsmittelbelehrung).

E. 6

(Mitteilung).“ H. Gegen diesen Entscheid liess X. _____ mit Eingabe vom 14. Mai 2014 Be- rufung an das Kantonsgericht von Graubünden erheben. Dabei stellte sie folgende Rechtsbegehren: „1. Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit dieses die Klage nicht gutheisst. 2. Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin CHF 11'027.05 brutto zuzüglich 5 % Zins seit 15.01.2013 (mittlerer Verfall) zu bezahlen. 3. Unter gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungs- folge für das vorinstanzliche sowie auch für vorliegendes Verfahren zu Lasten der Berufungsbeklagten.“ I. In ihrer Berufungsantwort vom 11. Juni 2014 liess die Y. _____ GmbH fol- gende Rechtsbegehren stellen: „1. Die Berufung vom 14. Mai 2014 sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Berufungs- klägerin bzw. Klägerin.“ Auf die Erwägungen im angefochtenen Urteil und auf die weiteren Ausführungen der Parteien in ihren Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, im Folgenden ein- gegangen.

Seite 5 — 22 II. Erwägungen 1. 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). Der vorliegend angefochtene Entscheid des Bezirksgerichtes Plessur stellt einen erstinstanzlichen Entscheid im Sinne von Art. 236 Abs. 1 ZPO dar, da es sich dabei um einen Sachentscheid handelt, welcher das Verfahren ganz oder teilweise beendet (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 308 N 14). Zudem beträgt der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mehr als Fr. 10'000.--, womit die Voraussetzungen von Art. 308 Abs. 2 ZPO ebenfalls erfüllt sind. Die Zuständigkeit des Kantonsgerichts von Graubünden ergibt sich aus Art. 7 Abs. 1 des kantonalen Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EGzZPO; BR 320.100). Gemäss Art. 311 ZPO ist die Berufung unter Beilage des angefochtenen Entscheids innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung schriftlich und begründet einzureichen. Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichtes Plessur vom 14. März 2014 wurde den Parteien am 31. März 2014 begründet mitgeteilt. Die Berufung von X._____ erfolgte mit Eingabe vom 14. Mai 2014 - unter Berücksichtigung des Fristenstillstands über die Osterfeiertage (Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO) - folglich fristgerecht. Da die Rechtschrift zudem den übrigen Formerfordernissen entspricht, ist auf die Berufung einzutreten. 2. Das Bezirksgericht Plessur führt in seiner Entscheidungsbegründung aus, dass die Frage, ob die Klägerin im Dezember 2012 für die Beklagte gearbeitet habe, nicht beantwortet werden könne. Dies obwohl das Gericht die Parteien bereits an der Instruktionsverhandlung eingehend dazu befragt habe, drei Zeugeneinnahmen vorgenommen, Akten des Amtes für Migration und Zivilrecht Graubünden beigezogen, weitere Akten von den Parteien einverlangt und an der Hauptverhandlung nochmals eine Befragung der Parteien durchgeführt habe. Die Frage könne indes ohnehin offen bleiben, da die Klägerin vor Erhalt der Arbeitsbewilligung nicht berechtigt gewesen sei zu arbeiten, weshalb ihr auch kein Lohn für allfällige Verrichtungen für die Beklagte im Dezember 2012 zuzusprechen sei. Der Klägerin hätte nämlich bewusst sein müssen, dass sie eine Arbeitsbewilligung

Seite 6 — 22 benötigen würde, um in der Schweiz einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Somit habe von ihr erwartet werden dürfen, dass sie die Bestimmung in Ziff. 2 des Arbeitsvertrages vom 29. November 2012 (Vorinstanz act. III./4: „Dieser Vertrag tritt nur in Kraft, sofern allfällig notwendige ausländerrechtliche Arbeitsbewilligungen vorliegen“) in dem Sinne verstehe, dass der Arbeitsvertrag erst mit Erhalt der Arbeitsbewilligung in Kraft trete. a) Die Berufungsklägerin wendet sich in ihrer Berufung zunächst gegen diese Schlussfolgerungen der Vorinstanz. Es habe von ihr nicht erwartet werden können, dass sie, wenige Monate nachdem sie mit nur 22 Jahren mutterseelenallein aus Rumänien in die Schweiz eingereist sei und ihre Deutschkenntnisse nur spärlich gewesen seien, die Bedeutung und Tragweite von Ziffer 2 des besagten Arbeitsvertrages verstanden habe. Vielmehr habe A._____ ihre Gutgläubigkeit und Unwissenheit schamlos ausgenutzt und sie den Arbeitsvertrag unterzeichnen lassen, ohne dass sie dessen Inhalt im Detail verstanden habe. Zudem sei vorliegend nicht von Bedeutung, ab welchem Zeitpunkt die Arbeitsbewilligung tatsächlich vorgelegen habe. Relevant sei nur, dass sie ab dem 1. Dezember 2012 für die Berufungsbeklagte gearbeitet habe und somit Anspruch auf Entgelt für die erbrachte Arbeitsleistung habe. b) In Ziff. 2 des Arbeitsvertrages wurde festgehalten, dass der Vertrag nur in Kraft trete, sofern allfällig notwendige

ausländerrechtliche Arbeitsbewilligungen vorliegen würden (Vorinstanz act. III./4). Bei Unterzeichnung des Arbeitsvertrages am 29. November 2012 lag die betreffende Arbeitsbewilligung noch nicht vor. Gemäss Auskunft der Einwohnerdienste Chur wurde die Arbeitsbewilligung am 6. Dezember 2012 vom Migrationsamt Graubünden ausgestellt und am 18. Dezember 2012 mit Rechnung dem Arbeitgeber zugeschickt (Vorinstanz act. IV./4). Im Arbeitsvertrag wurde als Arbeitsbeginn der 1. Dezember 2012 genannt, ohne jedoch eindeutig festzuhalten, ob der Vertrag in dem Sinne suspensiv aufgeschoben war, als er erst mit Erhalt der Arbeitsbewilligung in Kraft treten sollte, oder ob er bereits am 1. Dezember 2012 zu laufen beginnen sollte, jedoch unter der resolutiven Bedingung, dass er mit einer allfälligen Abweisung des Gesuchs um eine Arbeitsbewilligung wieder hinfällig würde. Auch wenn der Wortlaut von Ziff. 2 des Arbeitsvertrages eher für eine suspensive Bedingung spricht, braucht die Frage nicht abschliessend beantwortet zu werden. Selbst wenn nämlich von einer aufschiebenden Bedingung ausgegangen wird, bleibt festzuhalten, dass eine verfrühte Arbeitsaufnahme eine solche Bedingung unwirksam macht und der Arbeitsvertrag dann mit all seinen Wirkungen in Kraft tritt (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 - 362 OR,

E. 7

Auflage,

Seite 7 — 22 Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 324 N 3; Staehelin, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Teilband V2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, Zürich/Basel/Genf 2006, 4. Auflage, Art. 324 N 11). Nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung bewirkt sodann eine fehlende fremdenrechtliche Arbeitsbewilligung als solche auch nicht die Nichtigkeit des Arbeitsvertrags im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR (BGE 137 IV 305 E. 3.3; 122 III 110 E. 4e; 114 II 279 E. d/aa; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 320 N 9). Obwohl keine Bewilligung vorliegt, ist der Arbeitsvertrag mit dem Ausländer gültig. Zivilrechtlich gilt eine gesetzliche Abschlussvermutung (Art. 320 Abs. 2 OR). Entscheidend für den Anspruch sind allein die objektiven Umstände, die im Interesse des sozialen Schutzes des Arbeitnehmers ipso iure zur Begründung des Einzelarbeitsvertrags mit allen seinen rechtlichen Konsequenzen führen, insbesondere der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers (Staehelin, a.a.O., Art. 320 N 7). Selbst bei Annahme der Ungültigkeit eines Einzelarbeitsvertrages treten die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen grundsätzlich erst ex nunc ein, sobald einmal Arbeit geleistet worden ist. Bei gutgläubiger Arbeitsleistung haben beide Parteien die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis in gleicher Weise wie aus gültigem Vertrag zu erfüllen, bis dieses wegen Ungültigkeit des Vertrages aufgehoben wird (BGE 132 III 242 E. 4.2). Die Gutgläubigkeit wäre nur zu verneinen, wenn dem Arbeitnehmer nicht nur die Kenntnis vom Mangel beim Zustandekommen des Vertrages, sondern auch positiv nachgewiesen werden könnte, dass er um die rechtliche Unverbindlichkeit des Vertrages wusste (BGE 132 III 242 E. 4.2.5). Art. 320 Abs. 3 OR soll auch Ausländer schützen, die ohne gültige Arbeitsbewilligung gearbeitet haben und um den Mangel des Arbeitsvertrages wussten oder hätten wissen sollen (BGE 132 III 242 E. 4.2.4 mit Hinweisen). Es würde dem Schutzgedanken widersprechen, wenn sich "Schwarzarbeiter" nicht auf diese Bestimmung berufen könnten. Nach der Lehre soll Art. 320 Abs. 3 OR ebenso zur Anwendung kommen, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer gleichermaßen von der Ungültigkeit des Vertrages wussten. Der Arbeitgeber soll nicht den Einwand der Bösgläubigkeit erheben können (BGE 137 IV 305 E. 3.3). Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass der Arbeitsvertrag der beiden

Parteien nicht nichtig im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR war, auch wenn keine gültige Arbeitsbewilligung vorgelegen haben sollte. Entscheidend für die Entstehung des Lohnanspruches ist lediglich, ob die Arbeitnehmerin für die Arbeitgeberin tatsächlich gearbeitet hat oder nicht. Selbst wenn die Berufungsklägerin gewusst haben sollte, dass sie erst ab Vorliegen der Arbeitsbewilligung berechtigt gewesen wäre, bei der Berufungsbeklagten zu arbeiten, wofür es vorliegend keinerlei Hinweise gibt, stünde ihr somit Lohn für die verrichtete Arbeit zu.

Seite 8 — 22 c) Es ist also entgegen den Ausführungen der Vorinstanz sehr wohl entscheidend, ob die Berufungsklägerin im Dezember 2012 für die Berufungsbeklagte gearbeitet hat oder nicht. Wie bereits die Vorinstanz ausgeführt hat, hat gemäss Art.

E. 8

ZGB derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Der Kläger hat somit rechtsbegründende und rechtserzeugende Tatsachen zu beweisen, während der Beklagte die Beweislast für rechtsaufhebende und rechtshindernde Tatsachen trägt. Demgemäss wurde in der Beweisverfügung vom 3. Februar 2014 (Vorinstanz act. II./4) der Klägerin der Hauptbeweis für das Inkrafttreten des Arbeitsvertrages vom 29. November 2012, die effektiv geleistete Arbeitszeit, das Vorliegen einer gültigen Arbeitsbewilligung sowie für den Ferienanspruch Dezember 2012, Januar 2013 und Februar 2013 auferlegt. Somit lag es bei der Berufungsklägerin dem Gericht zu beweisen, dass sie im Dezember 2012 bei der Berufungsbeklagten gearbeitet hat. d) Vorliegend ist es der Berufungsklägerin nicht gelungen nachzuweisen, dass sie im Dezember 2012 für die Berufungsbeklagte gearbeitet hat. In ihren Rechtschriften führte sie aus und gab auch anlässlich der Instruktionsverhandlung (Vorinstanz act. II./5) sowie der Hauptverhandlung (Vorinstanz act. II./6) vor Bezirksgericht Plessur an, dass sie im Dezember 2012 vom 1. bis und mit 21. bei der Berufungsbeklagten gearbeitet habe. Ihre Stunden habe sie jeweils selber rapportiert (Vorinstanz act. III./6). Die Berufungsbeklagte, vertreten durch den einzelzeichnungsberechtigten Gesellschafter und Geschäftsführer A._____, führte hingegen aus, dass die Berufungsklägerin den ganzen Dezember nicht gearbeitet und erst im Januar 2013 ihre Arbeit aufgenommen habe (Vorinstanz act. VI./1). Dementsprechend weichen die schriftlichen Arbeitszeiterfassungen der Parteien wesentlich voneinander ab. Auch die Zeugenaussagen zeigen kein einheitliches Bild. Der Zeuge D._____, welcher angibt, praktisch täglich in die Y._____ zu gehen, gab zu Protokoll, dass er die Klägerin am Samstag 1. oder Montag 3. Dezember 2012 auf dem Parkplatz vor dem E._____ gesehen habe, und sie ihm mitgeteilt habe, dass sie in die Ferien gehe. Im Dezember habe er sie anschliessend nicht mehr gesehen. Erst im Januar 2013 habe er sie bei der Arbeit angetroffen. Die Zeugin F._____, welche zur fraglichen Zeit bei der Berufungsbeklagten arbeitete, erklärte, dass die Klägerin den ganzen Monat Dezember 2012 nicht gearbeitet habe. Der Zeuge G._____, welcher mit der Klägerin zum fraglichen Zeitpunkt liiert war, gab zu Protokoll, dass die Klägerin im Dezember 2012 in der Y._____ gearbeitet habe. Mehr als sieben Mal habe er sie zur Arbeit gefahren. Zudem habe er während seiner eigenen Arbeitspausen in der Y._____ einen Kaffee getrunken und habe die Klägerin während dieser Zeit arbeiten sehen. Diese diametral entgegengesetzten

Seite 9 — 22 Aussagen, sowohl der Parteien als auch der Zeugen, lassen keine verlässlichen Schlüsse zu, ob die Berufungsklägerin nun im Dezember 2012 bei der Berufungsbeklagten gearbeitet hat oder nicht. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass sämtliche Zeugen zu der einen oder anderen Partei in einer näheren Beziehung stehen und

vor ihrer Einvernahme bereits schriftliche Bestätigungen zu Händen der Parteien abgaben, was ihre Glaubwürdigkeit zumindest nicht bestärkt. Auch anderweitig konnten keine Hinweise oder Indizien gefunden werden, welche einen verlässlichen Schluss zulassen, ob die Berufungsklägerin im Dezember 2012 für die Berufungsbeklagte gearbeitet hat oder nicht. Die von der Berufungsklägerin erwähnte Formulierung der Berufungsbeklagten, wonach die Berufungsklägerin „trotz mehrmaliger früherer gleichgelagerter Vorfälle und trotz wiederholter Abmahnung erneut Getränke ausgegeben habe“, lässt keine Rückschlüsse darauf zu, dass die Berufungsklägerin tatsächlich bereits im Dezember 2012 für die Berufungsbeklagte gearbeitet hat. Es mag zwar eigenartig sein, dass bei einem derart kurzen Arbeitsverhältnis - wie es die Berufungsbeklagte behauptet - von „mehreren früherer gleichgelagerter Vorfälle“ gesprochen wird, doch kann sich das „früher“ auch auf die Tage davor beziehen oder die Formulierung ist einfach nur unglücklich gewählt. Auch der Einwand der Berufungsklägerin, wonach A. _____ selber ausgeführt habe, dass die Berufungsklägerin im Dezember 2012 „sowieso nur Ferien gemacht“ habe, ist kein genügender Hinweis darauf, dass die Berufungsklägerin im Dezember 2012 für die Berufungsbeklagte gearbeitet hat. Die Formulierung kann auch so verstanden werden, dass sie im Dezember in den Ferien war, weshalb es ihr gar nicht möglich gewesen wäre, zu arbeiten. „Ferien“ bedeutet nicht zwingend, dass man in einem Arbeitsverhältnis steht, sondern kann auch einfach nur heissen, dass man sich eine Auszeit vom Alltag nimmt. Jedenfalls lässt sich daraus nicht ableiten, dass die Berufungsklägerin im Monat Dezember 2012 für die Berufungsbeklagte gearbeitet hat. Da es jedoch nach Art. 8 ZGB der Berufungsklägerin obliegt, zu beweisen, dass sie im Dezember 2012 bei der Berufungsbeklagten gearbeitet hat, trägt sie die Folgen der Beweislosigkeit. Somit kann der Berufungsklägerin für den Monat Dezember 2012 kein Lohn zugesprochen werden. 3.a) Zwischen den Parteien ist sodann strittig, wie und von wem aus es zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gekommen ist. Die Berufungsklägerin führte diesbezüglich aus, dass sie am 3. Januar 2013 ihre Arbeitstätigkeit wieder aufgenommen habe. Am 11. Januar 2013 habe ihr A. _____ mitgeteilt, sie solle ab sofort nicht mehr zur Arbeit erscheinen. In der Folge habe sie den Vorfall der B. _____ gemeldet, welche mit Schreiben vom 14. Januar 2013 der Berufungsbeklagten

Seite 10 — 22 erklärt habe, dass die Berufungsklägerin ihre Arbeitsleistung nach wie vor anbiete. Zudem habe die B. _____ die Berufungsbeklagte aufgefordert, die Berufungsklägerin ab sofort wieder zu beschäftigen und eine ordentliche Kündigung unter Einhaltung der vertraglich abgemachten Kündigungsfrist auszusprechen (Vorinstanz act. III./10). Die Berufungsbeklagte habe darauf nicht reagiert. Am 23. Januar 2013 habe A. _____ der Berufungsklägerin eine SMS geschrieben, in welcher er diese sinngemäss gebeten habe, wieder zur Arbeit zu kommen (Vorinstanz act. III./13). Da sie aber zu diesem Zeitpunkt bereits die Stelle im Restaurant C. _____ in Aussicht gehabt habe und zudem das Verhältnis mit A. _____ bzw. der Berufungsbeklagten aufgrund der Geschehnisse zerrüttet gewesen sei, sei eine Rückkehr zur Berufungsbeklagten für sie nicht mehr in Frage gekommen. Somit stünden ihr noch der Januar-Lohn (Fr. 3'749.-- brutto gemäss Arbeitsvertrag) sowie der Februar-Lohn (Fr. 3'749.-- brutto gemäss Arbeitsvertrag) abzüglich des bei C. _____ erzielten Lohns im Februar von Fr. 551.15 brutto zu. Die Berufungsbeklagte ihrerseits führte aus, dass die Berufungsklägerin lediglich vom 3. bis 10. Januar 2013 bei ihr gearbeitet habe. Am 10. Januar 2013 habe die Berufungsklägerin die Arbeit verweigert, nachdem sie dabei ertappt worden sei, wie sie trotz mehrmaliger früherer gleichgelagerter Vorfälle und trotz wiederholter Abmahnung erneut Getränke ausgegeben

habe, ohne diese in der Kasse zu bu- chen. Darauf angesprochen habe die Berufungsklägerin völlig entnervt reagiert und nach einer kurzen verbalen Auseinandersetzung die Arbeitsstelle verlassen und unmissverständlich mitgeteilt, die Arbeit nicht mehr anzutreten. Dies stelle eine fristlose Kündigung der Berufungsklägerin als Arbeitnehmerin nach Art. 337d OR dar. Obwohl die Verfehlungen der Berufungsklägerin ein Grund für eine fristlo- se Kündigung gewesen wären, sei dies keinesfalls im Interesse der Berufungsbe- klagten gewesen, da sie auf die Arbeitskraft angewiesen gewesen sei. Deshalb habe A._____ in den folgenden Tagen per SMS versucht, die Berufungsklägerin zur Arbeitsaufnahme umzustimmen, jedoch erfolglos. Mit Schreiben vom 30. April 2013 an das Amt für Migration habe die Berufungsklägerin zudem selber folgen- des festgehalten: „Hab ich eine Kündigung geschrieben für Café Bar Y._____ aber die Chef hat nicht akzeptiert“ (Vorinstanz act. V./2). Daraus ergebe sich eindeutig, dass die Erklärung bzw. die Initiative, nicht mehr in der Y._____ zu arbeiten von der Berufungsklägerin ausgegangen sei. Somit habe die Berufungsklägerin nach Verrechnung gemäss Art. 337d Abs. 2 OR keine Lohnansprüche mehr. b) Nach Schilderung der Berufungsbeklagten hat die Berufungsklägerin die Arbeitsstelle im Sinne von Art. 337d OR fristlos verlassen und unmissverständlich mitgeteilt, dass sie die Arbeit nicht mehr antrete. Tritt der Arbeitnehmer ohne wich-

Seite 11 — 22 tigen Grund die Arbeitsstelle nicht an oder verlässt er sie fristlos, so hat der Ar- beitgeber Anspruch auf eine Entschädigung, die einem Viertel des Lohnes für ei- nen Monat entspricht; ausserdem hat er Anspruch auf Ersatz weiteren Schadens (Art. 337d Abs. 1 OR). Fristloses Verlassen der Arbeitsstelle im Sinne von Art. 337d OR setzt voraus, dass der Arbeitnehmer die weitere Erbringung seiner Ar- beitsleistung bewusst, absichtlich und endgültig verweigert. Liegt diesbezüglich keine eindeutige Erklärung des Arbeitnehmers vor, ist darauf abzustellen, ob der Arbeitgeber unter Berücksichtigung der gesamten Umstände nach dem Vertrau- ensgrundsatz davon ausgehen durfte, der Arbeitnehmer habe die Arbeitsstelle definitiv verlassen (Urteil des Bundesgerichts 4C.339/2006 vom 21. Dezember 2006 E. 2.1; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337d N 2; Staehelin, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Teilband V2c, Der Einzelarbeitsvertrag, Be- sondere Einzelarbeitsverträge, Art. 331-355, Zürich/Basel/Genf 1996, 3. Auflage, Art. 337d N 2; Rehbindler, Berner Kommentar, Band VI Obligationenrecht, 2. Abtei- lung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband Der Arbeitsvertrag, Art. 319- 362 OR, 2. Abschnitt Kommentar zu Art. 331-355 OR, Bern 1992, Art. 337d N 1). Eine Einsprache des von der fristlosen Kündigung betroffenen Arbeitgebers ist in der Regel nicht erforderlich. In Zweifelsfällen, wo nicht klar feststeht, ob aus dem Verhalten des Arbeitnehmers auf fristlose Kündigung oder nur auf vorübergehen- de Unterlassung der Arbeitsleistung zu schliessen ist, tut jedoch der Arbeitgeber gut daran, den Arbeitnehmer zur (Wieder-) Aufnahme der Arbeit aufzufordern. Un- terlässt der Arbeitgeber bei unklarer Sachlage diese Schritte, so liegt damit zwar kein Einverständnis mit einer fristlosen Vertragsauflösung durch den Arbeitnehmer vor, er riskiert jedoch, zu Lohnzahlungen infolge Fortdauer des Arbeitsverhältnis- ses verurteilt zu werden, wenn der Arbeitnehmer in der Folge seine Dienste offe- riert und sein früheres Verhalten vom Richter nicht als fristlose Kündigung gedeu- tet wird (Staehelin, a.a.O., Art. 337d N 5). Wie genau die Äusserungen der Berufungsklägerin gelaftet haben sollen, wird nicht erwähnt. A._____ sagte in seiner Parteibefragung dazu lediglich folgendes aus: „[...] Dann hat sie ein paar Tage gearbeitet, gesamthaft ca. 50 Stunden. Ge- nau weiss ich das nicht mehr. Dann hat sie gesagt, sie wolle nicht arbeiten und ist weggegangen. Das Datum weiss ich nicht genau. Ich habe ein paar

Tage gearbeitet, sie ist nicht gekommen. Ich habe ihr auch ein SMS geschrieben. Ich habe ihr gesagt, dass ich Arbeitskräfte brauche. Sie hat mir keine Antwort gegeben [...]“ (Vorinstanz act. VI./1 S. 2). Ob die pauschale Mitteilung, dass sie nicht mehr arbeiten wolle und das darauffolgende Verlassen des Arbeitsplatzes ausreichen, um von einem fristlosen Verlassen der Arbeitsstelle im Sinne von Art. 337d OR aus-

Seite 12 — 22 zugehen, bleibt fraglich. Denn Art. 337d OR kommt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur zur Anwendung, wenn der Arbeitnehmer die Stelle bewusst, also absichtlich und definitiv verlässt (Urteil des Bundesgerichts 4A_140/2009 vom

E. 12

Mai 2009 E. 5.2). Eine kurze Abwesenheit von wenigen Tagen vermag dem ohne zusätzliche Indizien nicht zu genügen, wohl aber eine nachrichtenlose Abwesenheit von mehreren Wochen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337d N 2 mit weiteren Hinweisen). Kommt hinzu, dass als Beweis für diese Sachdarstellung der Berufungsbeklagten lediglich die Aussage von A._____ vorliegt (Vorinstanz act. VI./1 S. 2). Die Berufungsklägerin schildert die Vorkommnisse dagegen völlig abweichend. Sie habe A._____ im Januar 2013 gebeten, dass er ihr den Lohn für den Monat Dezember sowie die Überstunden noch auszahlen solle. Er sei daraufhin „verrückt“ geworden und habe sie gefragt was für Überstunden sie gemacht habe. Dann habe er gesagt, dass er ihr das Geld gebe, wenn sie ihm die Arbeitsbewilligung zurückgebe. Daraufhin habe sie ihre Sachen vom Schrank geholt. Er habe sie angefasst und rausgeworfen und ihr mitgeteilt, sie solle seine Räumlichkeiten nicht mehr betreten bevor sie nicht die Bewilligung zurückgebe, dann würde sie auch das Geld bekommen (Vorinstanz act. VI./2 S. 2/3). Aufgrund der widersprüchlichen Angaben und des Fehlens weiterer Hinweise lässt sich somit nicht eruieren, was genau sich an besagtem Tag - sei dies nun der 10. oder 11. Januar 2013 - in der Y._____ zugetragen hat. Was jedoch nachgewiesen werden konnte, ist, dass die B._____ in ihrem Schreiben vom 14. Januar 2013 an die Berufungsbeklagte die Arbeitskraft der Berufungsklägerin angeboten hat und zusätzlich die Berufungsbeklagte aufforderte, die Berufungsklägerin ab sofort wieder zu beschäftigen und eine ordentliche Kündigung unter Einhaltung der vertraglich abgemachten Kündigungsfrist auszusprechen (Vorinstanz act. III./10). Die Vorinstanz führte in diesem Zusammenhang aus, dass A._____ an der Hauptverhandlung bestritten habe, dass die Klägerin effektiv gewillt gewesen sei, wieder für die Berufungsbeklagte zu arbeiten. Zudem sei nicht erstellt, dass die Berufungsklägerin, wie von der B._____ in ihrem Schreiben ausgeführt, persönlich im Restaurant vorstellig geworden sei, um ihre Arbeit anzubieten. Die Berufungsklägerin habe an der Hauptverhandlung vielmehr ausgeführt, die fragliche Auseinandersetzung habe erst am 14. Januar 2013 stattgefunden (Vorinstanz act. VI./2). Damit widerspreche sie ihren eigenen Angaben, weshalb auf die Aussagen der Berufungsbeklagten abzustellen sei. Dem kann nicht gefolgt werden. Fest steht, dass die Berufungsklägerin ihre Arbeit mit Schreiben vom 14. Januar 2013 angeboten hat. Es liegen keine Beweismittel vor, welche aufzeigen würden, dass die Berufungsbeklagte auf dieses Schreiben der B._____ zeitnah reagiert hat. Wenn die

Seite 13 — 22 Berufungsklägerin, wie von ihr ausgeführt, unbedingt Arbeitskräfte gebraucht hätte und die Berufungsklägerin auch dazu bewegen wollte, die Arbeit in der Y._____ wieder aufzunehmen, wäre es ein leichtes gewesen, entweder die Berufungsklägerin selber oder die B._____ zu kontaktieren. Weshalb auf die von A._____ getätigte

Aussage an der Hauptverhandlung vor der Vorinstanz abgestellt werden soll, wonach die Berufungsklägerin nicht gewillt gewesen sei zu arbeiten, lässt sich nicht nachvollziehen. Die SMS von A._____, mit welcher er die Berufungsklägerin bat, wieder zur Arbeit zu erscheinen, ist erst neun Tage nach dem Schreiben der B._____ an die Berufungsklägerin versandt worden. Aus den dargelegten Umständen lässt sich schliessen, dass die Berufungsklägerin die Arbeitsstelle am 10. (oder 11.) Januar 2013 nicht fristlos im Sinne von Art. 337d OR verlassen hat, hätte sie doch sonst nicht ihre Arbeitsleistung am 14. Januar 2013 (dazwischen lag ein Wochenende) wieder angeboten. Die Berufungsbeklagte bezieht sich sodann auf das Schreiben der Berufungsklägerin an das Amt für Migration (Vorinstanz act. V./2), in welchem diese erwähnte, dass sie eine Kündigung geschrieben habe für die Y._____. Die Berufungsklägerin führt in diesem Schreiben aber auch aus, dass „die Sache mit der Y._____“ geendet habe, weil sie nicht ausbezahlt worden sei für den Dezember 2012 und ihre Überstunden. Sie habe dann nochmals versucht mit ihrem Chef (A._____) zu sprechen, doch er habe sie rausgeschmissen. Anhand des Schreibens der Berufungsklägerin ist ersichtlich, dass ihre Deutschkenntnisse - zumindest in schriftlicher Form - beschränkt sind. Es ist nicht klar, ob sie mit ihrer Wortwahl jeweils das zum Ausdruck brachte, was sie beabsichtigte, zumal sie sich in dem Schreiben selber widerspricht, wenn sie einerseits ausführt, dass der Chef sie rausgeschmissen habe und sie andererseits festhält, sie habe eine Kündigung geschrieben, welche der Chef nicht akzeptiert habe. Von diesem Kündigungsschreiben war bis zu diesem Zeitpunkt auch noch nie die Rede, selbst die Berufungsbeklagte hat nie ein solches Schreiben erwähnt. Es wäre für die Berufungsbeklagte ein Leichtes gewesen, dieses Kündigungsschreiben einzureichen, wenn es tatsächlich vorliegen würde. Somit kann auch aufgrund des Briefes der Berufungsklägerin an das Amt für Migration nicht geschlossen werden, dass sie eine Kündigung ausgesprochen hatte. Ein entsprechender Nachweis fehlt. Demnach hat die Berufungsbeklagte entgegen den Ausführungen der Vorinstanz auch keinen Anspruch gegen die Berufungsklägerin aus Art. 337d OR. c) Die Berufungsklägerin macht ihrerseits geltend, die Berufungsbeklagte habe sie fristlos entlassen, indem A._____ ihr am 11. Januar 2012 mitgeteilt habe, sie solle ab sofort nicht mehr zur Arbeit erscheinen. Zudem habe er auch auf das Schreiben der B._____, worin sie ihre Arbeitsleistung angeboten habe, nicht rea-

Seite 14 — 22 giert. 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). Art. 337c OR setzt eine vorbehaltlose, an den Arbeitnehmer gerichtete empfangsbedürftige Willenserklärung des Arbeitgebers voraus, womit er eindeutig zu erkennen gibt, dass er das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung auflösen will. Hingegen liegt keine fristlose Entlassung vor, wenn der Arbeitgeber die Dienste des Arbeitnehmers nur vorübergehend ablehnt, ihm z.B. mitteilt, bis auf weitere Anordnung nicht zur Arbeit zu erscheinen (Freistellung) oder sonstwie mehrdeutige Erklärungen abgibt (Staeelin, a.a.O., Art. 337c N 2). Diesbezüglich ergeben sich vorliegend die gleichen Schwierigkeiten wie bei der Beurteilung der Frage, ob die Arbeitnehmerin ihre Arbeitsstelle fristlos verlassen habe. Beide Parteien haben über die fraglichen Ereignisse unterschiedliche Angaben gemacht. Die Berufungsbeklagte bestreitet, dass sie die Berufungsklägerin fristlos entlassen habe, obwohl sie - so ihre Argumentation - dazu aufgrund des Verhaltens der Berufungsklägerin berechtigt gewesen wäre. Dabei ist bereits fraglich, ob die angebliche Erklärung von A._____, die Be-

rufungsklägerin solle nicht mehr zur Arbeit erscheinen, ausreichen würde, um eine fristlose Kündigung nach Art. 337 bzw. Art. 337c OR anzunehmen, wobei diese Äusserung von A._____ ohnehin bestritten wird. In diesem Zusammenhang stellt sich immerhin die Frage, weshalb die Berufungsbeklagte nicht auf das Schreiben der B._____ antwortete, wenn sie doch, wie von ihr behauptet, gegenüber der Berufungsklägerin keine Kündigung ausgesprochen hatte und Arbeitskräfte benötigte. Dem ist entgegenzuhalten, dass A._____ nicht völlig untätig blieb, sondern der Berufungsklägerin eine SMS schickte, mit welcher er sie darum bat, wieder bei ihm zu arbeiten. Diese sandte er zwar erst 9 Tage nach dem auf dem Schreiben der B._____ aufgeführten Datum. Unter Berücksichtigung der Zeit bis zum Eingang des Schreibens bei der Berufungsbeklagten und des in diese 9 Tage fallenden Wochenendes ist diese Dauer aber - jedenfalls unter Berücksichtigung, dass die Berufungsbeklagte damals nicht anwaltlich vertreten war - nicht derart lang, dass von einer gänzlich fehlenden Reaktion gesprochen werden könnte. Unter Berücksichtigung aller Umstände ergibt sich jedenfalls, dass letztlich auch keine fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber rechtsgenügend nachgewiesen werden konnte. d) Aufgrund dieser Ausgangslage ist nachfolgend zu prüfen, ob und allenfalls wann das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien überhaupt geendet hat. Wie ausgeführt, konnte eine ordentliche oder ausserordentliche Kündigung, weder sei-

Seite 15 — 22 tens der Arbeitnehmerin noch seitens der Arbeitgeberin nachgewiesen werden. Demzufolge ist davon auszugehen, dass das Arbeitsverhältnis auch nach dem Zwischenfall vom 10. bzw. 11. Januar 2013 weiterbestand. Dennoch arbeitete die Arbeitnehmerin nach dem Zwischenfall nicht mehr. Allerdings liess die Arbeitnehmerin mit Schreiben der B._____ vom 14. Januar 2013 die Arbeitgeberin unter Bezugnahme auf den erwähnten Zwischenfall ausdrücklich darauf hinweisen, dass sie ihre Arbeitsleistung weiterhin anbiete (Vorinstanz act. III./10). Somit stellt sich die Frage, ob ab diesem Zeitpunkt ein Annahmeverzug des Arbeitgebers im Sinne von Art. 324 OR vorlag. Die Arbeitsleistung kann mündlich, schriftlich oder tatsächlich offeriert werden, Letzteres durch Erscheinen am Arbeitsort (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 324 N 9). Dafür ist der Arbeitnehmer behauptungs- und beweispflichtig (Rehbinder/Stöckli, Berner Kommentar, Band VI Obligationenrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, 1. Abschnitt Einleitung und Kommentar zu den Art. 319- 330b OR, Bern 2010, Art. 324 N 5). Der Annahmeverzug im Sinne von Art. 324 Abs. 1 OR lässt das Arbeitsverhältnis mit Ausnahme der Arbeitspflicht unberührt. Demnach bleibt die mit der Arbeitspflicht synallagmatisch verknüpfte Hauptleistungspflicht, die Lohnzahlungspflicht, nach ausdrücklicher Anordnung in Art. 324 Abs. 1 OR bestehen. Die Lohnfortzahlungspflicht dauert so lange, bis der Verzug endet (Rehbinder/Stöckli, a.a.O., Art. 324 N 16). Vorliegend ist erstellt, dass die Berufungsklägerin ihre Arbeitsleistung formgerecht angeboten hat. Aus den Akten ergeben sich keine Hinweise darauf, dass die Berufungsbeklagte das Angebot der Berufungsklägerin zur Arbeitsleistung angenommen hat, dies wird im Übrigen auch von der Berufungsbeklagten nicht behauptet. Somit dauerte das Arbeitsverhältnis und somit die Lohnzahlungspflicht der Berufungsbeklagten auch nach dem Zwischenfall vom 10. bzw. 11. Januar 2013 weiter an. Die Berufungsbeklagte befand sich im Annahmeverzug im Sinne von Art. 324 Abs. 1 OR, nachdem die Berufungsklägerin ihre Arbeitsleistung korrekt angeboten hatte und die Berufungsbeklagte die Arbeitsleistung weder angenommen noch sonst in irgendeiner Weise gegen die Situation protestiert hatte. Der Annahmeverzug endet mit der Beseitigung der Verzugsgründe. Sobald der Arbeitgeber zu erkennen gibt, dass er die Arbeitsleistung

annehmen will, lebt die einstweilen dahingefallene Arbeitspflicht wieder auf, und der Arbeitnehmer hat seine Arbeit wieder anzubieten (Rehbin- der/Stöckli, a.a.O., Art. 324 N 28). Aus den Akten ergibt sich, dass A._____ die Berufungsklägerin am 23. Januar 2013 um 20.14 per SMS (Textnachricht) sinn- gemäss angefragt hat, ob sie wieder Arbeiten komme (Vorinstanz act. IV./6). Zu- dem liegt bei den Akten ein Schreiben von A._____ an die Berufungsklägerin, welches ebenfalls das Datum des 23. Januar 2014 trägt, wobei sich aus den Un-

Seite 16 — 22 terlagen nicht ergibt, wann dieses Schreiben abgeschickt und wann es der Beru- fungsklägerin zugestellt wurde (Vorinstanz act. IV./5). In diesem Schreiben hält A._____ unter anderem fest, dass die Berufungsklägerin die Arbeit fristlos nieder- gelegt und ihm mitgeteilt habe, dass sie nicht mehr in der Y._____ arbeiten wolle. Des Weiteren schliesst er sein Schreiben damit, dass er von der Berufungskläge- rin in den nächsten Tagen eine schriftliche Kündigung erwarte. Durch dieses Schreiben ist einerseits erstellt, dass auch A._____ zu diesem Zeitpunkt noch da- von ausging, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien weiterhin Bestand hatte, ansonsten er von der Berufungsklägerin keine schriftliche Kündigung erwar- tet hätte, und andererseits ergibt sich aus der gleichentags versandten Textnach- richt, dass A._____ die Berufungsklägerin aufforderte, wieder zur Arbeit zu er- scheinen, das heisst, er ihre Arbeitsleistung wieder annehmen wollte. Die Beru- fungsklägerin führt dazu aus, dass sie dieses Angebot nicht angenommen habe, da zwischen den Parteien durch die Unstimmigkeiten das Verhältnis gestört ge- wesen sei und sie andererseits bereits die Arbeitsstelle bei C._____ in Aussicht gehabt habe, weil sie ihrer Schadensminderungspflicht nachgekommen sei, und Arbeit gesucht habe, während sie nicht bei der Berufungsbeklagten gearbeitet ha- be. Die Berufungsklägerin hatte mit der H._____ AG, C._____ Restaurant I._____, tatsächlich einen Arbeitsvertrag unterzeichnet, wobei die Unterschrift der Arbeit- geberin erst am 25. Januar 2013 gesetzt wurde und diejenige der Berufungskläge- rin am 1. Februar 2013 (Vorinstanz act. III./12). Als Arbeitsbeginn wurde der 1. Februar 2013 vereinbart. Daraus ergibt sich, dass es der Berufungsklägerin mög- lich gewesen wäre, zumindest vom 24. Januar bis zum 31. Januar 2013 zu arbei- ten. Es ist aber erstellt, dass die Berufungsklägerin die Arbeit bei der Berufungs- klägerin nicht wieder aufgenommen hat. Kommt der Arbeitnehmer seiner Arbeits- pflicht nicht nach und liegen keine anerkannten Verhinderungsgründe vor, so gerät er wegen Nichterfüllung des Vertrages in Verzug, ohne dass es einer Mahnung bedarf (Art. 102 ff. OR). Der Arbeitgeber kann in diesem Fall für die Dauer der feh- lenden Arbeitsleistung den Lohn verweigern (Art. 82 OR). Aufgrund der dargelegten Umstände stellt sich die Frage, ob das Arbeitsverhältnis zwischen der Berufungsklägerin und der Berufungsbeklagten allenfalls im gegen- seitigen Einvernehmen beendet wurde, da offensichtlich beide Parteien davon ausgehen, dass das Arbeitsverhältnis tatsächlich aufgelöst wurde. In der Praxis kommt es häufig vor, dass zwischen den Parteien streitig ist, ob überhaupt eine ausserordentliche Kündigung - sei sie gerechtfertigt oder nicht - erklärt worden sei. In diesem Fall trägt gemäss Art. 8 ZGB die Partei die Beweislast für das Vorliegen einer ausserordentlichen Kündigung, die daraus Ansprüche ableitet, also in der Seite 17 — 22 Regel der Kündigungsgegner. Sofern jede Partei behauptet, dass das Arbeitsver- hältnis von der anderen fristlos aufgelöst worden sei und sich beide Behauptungen nicht nachweisen lassen, so ist gemäss einem Teil der Lehre die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in gegenseitigem Einverständnis auf das Ende des letzten Arbeitstages anzunehmen (Stahelin, a.a.O., Art. 337 N 42). Darauf kann vorlie- gend

abgestellt werden, zumal die weiteren Umstände der vorliegenden Streitsache eine solche Annahme rechtfertigen. Der Arbeitsvertrag kann durch einen im gegenseitigen Einverständnis abgeschlossenen Aufhebungsvertrag jederzeit und ohne Einhaltung der Kündigungsfrist oder einer festen Vertragszeit beendet werden. Die Vertragsaufhebung ist vorbehältlich abweichender vertraglicher Abrede formlos gültig (Art. 115 OR) und kann sogar stillschweigend erfolgen (Urteil des Bundesgerichts 4A_103/2010 vom 16. März 2010 E. 2.2). Die Willensübereinstimmung auf Beendigung oder Abänderung des Vertrages hat allerdings klar und unzweifelhaft zu Tage zu treten und insbesondere die Zustimmung des Arbeitnehmers darf, soweit er auf Rechte verzichtet, nicht leichthin angenommen werden (Urteile des Bundesgerichts 4A_563/2011 vom 19. Januar 2012 E. 4.1; 4P.77/2005 vom 27. April 2005 E. 2.1; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 335 N 10). Im vorliegenden Fall behaupteten beide Parteien, dass die andere Partei das Arbeitsverhältnis fristlos aufgelöst habe, ohne dass sie dies nachweisen konnten. Tatsächlich hat das Arbeitsverhältnis auch nach der Auseinandersetzung vom 10. bzw. 11. Januar 2013 noch weiterbestanden. Jedoch lässt sich aus den gesamten Umständen auch folgern, dass weder die Berufungsklägerin noch die Berufungsbeklagte ernsthaft daran interessiert waren, das Arbeitsverhältnis weiterzuführen. So hat die Berufungsbeklagte die angebotene Arbeitsleistung der Berufungsklägerin zunächst nicht angenommen, und reagierte auf das Schreiben der B. _____ erst nach neun Tagen. Anschliessend hat sie zwar die Berufungsklägerin mittels Testnachricht darum gebeten, die Arbeit wieder aufzunehmen. Gleichtags schrieb sie ihr aber einen Brief, in welchem sie festhielt, dass sie von ihr in den nächsten Tagen eine Kündigung erwarte. Die Berufungsklägerin ihrerseits hat auf die Textnachricht von A. _____ nicht reagiert. Demnach kann zumindest implizit davon ausgegangen werden, dass beide Parteien das Arbeitsverhältnis beenden wollten und in diesem Bereich eine Willensübereinstimmung vorlag. Seitens der Berufungsklägerin ergibt sich dies auch aus der von ihr vorgebrachten Begründung, weshalb sie der mittels Textnachricht von A. _____ erteilten Aufforderung, wieder zur Arbeit zu erscheinen, nicht nachgekommen sei. Sie führte hierzu aus, dass das Verhältnis zwischen den Parteien durch die Unstimmigkeiten gestört gewesen sei und sie andererseits bereits die Arbeitsstelle bei C. _____ in Aussicht gehabt habe, weil sie ihrer Schadensminderungspflicht nachgekommen

Seite 18 — 22 sei, und Arbeit gesucht habe, während sie nicht bei der Berufungsbeklagten gearbeitet habe. Letzteres wurde hinfällig, nachdem sie vom Arbeitgeber zur Arbeitsaufnahme aufgefordert worden war und der Vertrag mit dem neuen Arbeitgeber zu diesem Zeitpunkt noch nicht unterzeichnet war. Ersteres bestätigt indessen, dass seitens der Arbeitnehmerin offenbar kein ernsthafter Wille mehr bestand, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Der Berufungsklägerin als Arbeitnehmerin musste dabei auch bewusst sein, dass sie durch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in gegenseitigem Einverständnis auf gewisse Schutzrechte verzichtet, namentlich dass ihr Fernbleiben bzw.

Nicht-Wiederantreten der Arbeitsstelle (nach entsprechender Aufforderung durch A. _____) keinen Lohnanspruch mehr zur Folge haben konnte. Somit ist davon auszugehen, dass das Arbeitsverhältnis in gegenseitigem Einverständnis auf denjenigen Zeitpunkt beendet wurde, in welchem die Berufungsklägerin der Aufforderung der Berufungsbeklagten, wieder zur Arbeit zu erscheinen, keine Folge leistete. Demnach ist aufgrund der gesamten Umstände davon auszugehen, dass das Arbeitsverhältnis auf den 23. Januar 2013 endete. e) Nachfolgend bleibt zu prüfen, wie hoch der Lohnanspruch der Berufungsklägerin für die Zeit bis zum 23. Januar 2013 ist. Im Arbeitsvertrag (Vorinstanz

act. III./ 4) vereinbarten die Parteien einen Bruttolohn von Fr. 3'749.-- (Ziff. 4). Die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit wurde auf 45 Stunden festgelegt (Ziff. 8). Zudem haben Mitarbeiter Anspruch auf 2 Ruhetage pro Woche (Ziff. 12). Wie bereits die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, gelten gemäss Ziff. 19 des Arbeitsvertrages vom 29. November 2012 die Bestimmungen des Landes- Gesamtarbeitsvertrages des Gastgewerbes vom 1. Januar 2012 (L-GAV), soweit der Arbeitsvertrag keine Regelung enthält. Nach Art. 21 Abs. 2 L-GAV ist der Arbeitgeber für die Erfassung der geleisteten Arbeitszeit verantwortlich. Diese Arbeitszeiterfassung ist mindestens einmal monatlich vom Mitarbeiter zu unterzeichnen. Überträgt der Arbeitgeber die Erfassung der Arbeitszeit dem Mitarbeiter, ist sie mindestens einmal monatlich vom Arbeitgeber zu unterzeichnen. Vorliegend haben sowohl die Berufungsklägerin (Vorinstanz act. III./6) als auch die Berufungsbeklagte (Vorinstanz act. IV./9) eine Arbeitszeiterfassung geführt, wobei keine von der anderen Partei unterzeichnet wurde und entsprechend der Beweiskarakter beider Arbeitszeiterfassungen eher gering ist. Die Vorinstanz stützte sich auf die Arbeitszeiterfassung der Berufungsbeklagten, da gemäss Art. 21 Abs. 4 L-GAV eine Arbeitszeiterfassung oder eine Arbeitszeitkontrolle des Mitarbeiters im Streitfall nur dann als Beweismittel zugelassen werde, wenn der Arbeitgeber seiner Buchführungspflicht nicht nachkomme. Wie aber bereits Art. 21 Abs. 2 L-GAV besagt, muss die Arbeitszeiterfassung des Arbeitgebers einmal pro Monat vom

Seite 19 — 22 Arbeitnehmer unterzeichnet werden, was vorliegend ebenfalls nicht erfolgte. Gemäss Arbeitsvertrag gilt eine wöchentliche Arbeitszeit von 45 Stunden. Dies ergibt unter Berücksichtigung der zwei wöchentlichen Ruhetage eine Arbeitszeit von 9 Stunden pro Tag. Da die Arbeitszeiterfassung der beiden Parteien nicht übereinstimmt, ist nach Ansicht des Gerichts von der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit von 9 Stunden pro Tag auszugehen. Somit sind der Berufungsklägerin vom 3. - 5. Januar 2013 je 9 Stunden pro Tag anzurechnen. Vom 7. - 9. Januar 2013 hat die Berufungsbeklagte selber eingetragen, dass die Berufungsklägerin je 11 Stunden pro Tag gearbeitet habe, weshalb ihr diese auch zugestehen sind. Für die darauffolgende Zeit ist erstellt, dass die Berufungsklägerin nicht mehr in der Y. _____ gearbeitet hat, weshalb von den gemäss Arbeitsvertrag vereinbarten 45 Stunden pro Woche bzw. 9 Stunden pro Tag für die weitere Berechnung auszugehen ist. Dazu werden für den 10. und 11. Januar 2013 je 6 Stunden (45 Stunden pro Woche abzüglich der bereits geleisteten 33 Stunden), für die Woche vom

E. 14

18. Januar 45 Stunden sowie für die Zeit vom 21. - 23. Januar 2013 je 9 Stunden berechnet. Dies ergibt ein Total von insgesamt 144 Stunden bzw. 16 Arbeitstage. Wie bereits die Vorinstanz korrekterweise ausgeführt und berechnet hat ist nach Art. 8 Abs. 3 L-GAV zur Berechnung des Bruttolohnes pro Kalendertag der monatliche Bruttolohn durch 30 zu teilen. Dies ergibt einen Lohnanspruch von Fr. 125.-- pro Tag (Fr. 3'749.-- : 30). Die Berufungsklägerin hat gegenüber der Berufungsbeklagten demnach einen Lohnanspruch von 16 Arbeitstagen, also Fr. 2'000.-- brutto. Wird wie vorliegend der Bruttolohn zugesprochen, so ist dafür auch die Rechtsöffnung zu erteilen, soweit der Arbeitgeber nicht die Höhe der Sozialabzüge und deren Bezahlung nachweist (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 322 N 14). In der Betreuung Nr. _____ des Betreibungsamtes Chur ist der Berufungsklägerin folglich die definitive Rechtsöffnung für Fr. 2'000.-- zu erteilen. Zinsen wurden gemäss Zahlungsbefehl keine in Betreuung gesetzt, so dass hierfür auch keine Rechtsöffnung zu gewähren ist. 4. Die Berufungsklägerin verlangt für die ihr

zustehende Forderung 5% Zins seit dem 15. Januar 2013 (mittlerer Verfall). Die Vorinstanz hat sich zum Beginn des Zinslaufes nicht geäussert, sondern einfach 5% Verzugszinsen ab 15. Januar 2013 festgelegt. Gemäss Art. 323 Abs. 1 OR ist dem Arbeitnehmer der Lohn Ende jeden Monats auszurichten, sofern nicht kürzere Fristen oder andere Termine verabredet worden oder üblich sind und durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag nichts anderes bestimmt ist. Hält der Arbeitgeber die Zahlungsfrist nicht ein, gerät er automatisch in Verzug, wenn der Fälligkeitstermin durch Abrede bestimmt ist. Sofortiger Verzug tritt auch ein bei Herbeiführung der Fälligkeit durch

Seite 20 — 22 Vertragsbeendigung nach Kündigung (Art. 102 Abs. 2 OR). Wie weiter oben ausgeführt, haben die Parteien das Arbeitsverhältnis am 23. Januar 2013 beendet, weshalb die Lohnforderung am 24. Januar 2013 fällig war. Gemäss Art. 102 Abs. 2 OR tritt sofortiger Verzug ein. Somit beginnt der Zinslauf von 5 % am 24. Januar 2013. 5.a) Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten, die sich aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung zusammensetzen (vgl. Art. 95 Abs. 1 ZPO), grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Gemäss Art. 114 lit. c ZPO werden den Parteien bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.-- keine Gerichtskosten auferlegt, was gemäss bundesgerichtlicher Praxis in allen Verfahrensstufen und vor allen Instanzen sowie auch bei Streitigkeiten über prozessuale Nebenpunkte zu gelten hat (Urwyler in: DIKE-Kommentar ZPO, a.a.O., Art. 114 N 7 mit Hinweis). Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 5'000.-- verbleiben demnach wie bereits jene des vorinstanzlichen Verfahrens unabhängig vom Ausgang des Verfahrens beim Kanton Graubünden. b) Die ausseramtlichen Entschädigungen sind entsprechend dem Ausgang des Verfahrens zu verlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die Berufungsklägerin machte eine Forderung von Fr. 11'027.05 geltend. Ihr werden gemäss vorstehenden Erwägungen Fr. 2'000.-- zugesprochen. Es erscheint daher als angemessen, die Berufungsklägerin als zu 1/5 obsiegend zu betrachten und die Berufungsbeklagte zu 4/5. Rechtsanwalt lic. iur. Erich Vogel hat im vorinstanzlichen Verfahren eine Honorarnote in der Höhe von Fr. 6'228.35 eingereicht, wobei er einen Zeitaufwand von 23,5 Stunden à Fr. 240.-- verrechnete. Rechtsanwalt lic. iur. Diego Quinter seinerseits legte eine Honorarnote von Fr. 6'339.40, bei einem Zeitaufwand von 22.45 Stunden à Fr. 250.-- ein. Da er indessen entgegen dem Hinweis auf dem Aktenverzeichnis eine entsprechende Honorarvereinbarung nicht nachreichte ist ebenfalls von einem Honoraransatz von Fr. 240.-- auszugehen, was einen für die Berechnung der Parteientschädigung massgebenden Rechnungsbetrag von Fr. 6099.85 ergibt. Nach Verrechnung der gegenseitigen Ansprüche hat somit die Klägerin die Beklagte für das erstinstanzliche Verfahren mit Fr. 3'762.70 (4/5 von Fr. 6228.35 - 1/5 von Fr. 6'099.85) aussergerichtlich zu entschädigen. Für das Berufungsverfahren hat Rechtsanwalt lic. iur. Erich Vogel eine Honorarnote in der Höhe von Fr. 2'669.75 (10 Stunden à Fr. 240.-- zuzüglich Spesen und MwSt.) eingereicht, was angesichts der tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten und des Umfangs der Rechtsschriften als angemessen erscheint. Rechts-

Seite 21 — 22 anwalt lic. iur. Diego Quinter hat im Berufungsverfahren weder eine Honorarnote noch eine Honorarvereinbarung eingereicht, so dass das Gericht die Parteientschädigung nach Ermessen festlegt (Art. 2 und 4 Honorarverordnung). Aufgrund der sich im Berufungsverfahren stellenden Sach- und Rechtsfragen sowie der eingereichten Rechtsschriften ist vom gleichen Aufwand wie bei der Berufungsbeklagten, somit von Fr. 2'669.75 auszugehen. Dies entspricht in etwa dem von Rechtsanwalt Quinter für die

Entschädigung als unentgeltlicher Rechtsbeistand geltend gemachten Zeitaufwand, wobei dort der tiefere Armenrechtstarif verrechnet wurde. Aufgrund des Ausgangs des Verfahrens hat die Berufungsklägerin die Berufungs- beklagte im Umfang von 3/5 (4/5 - 1/5) aussergerichtlich zu entschädigen, was einem Betrag Fr. 1601.85 (3/5 von Fr. 2'669.75, inkl. Barauslagen und MwSt.) ent- spricht. c) Mit Verfügung vom 25. August 2014 (ERZ 14 172) wurde X._____ die Be- willigung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 118 Abs. 1 ZPO er- teilt. Gemäss eingereichter Honorarnote vom 3. September 2014 macht der un- entgeltliche Rechtsbeistand eine Entschädigung von Fr. 2'443.05 geltend, was bei einem für die unentgeltliche Vertretung zulässigen Tarif von Fr. 200.-- einem Zeitaufwand von 10.45 Stunden entspricht. Der geltend gemachte Aufwand ist angemessen und wird gestützt auf die gewährte unentgeltliche Rechtspflege nach Massgabe von Art. 122 ZPO dem Kanton Graubünden in Rechnung gestellt und aus der Gerichtskasse bezahlt. Die Rückforderung der geleisteten Kostenhilfe im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

Seite 22 — 22 III.

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